# DER VERLÄNGERTE EIGENTUMSVORBEHALT IN DEN ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

DISSERTATION

zur Erlangung des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Joachim Fischer
aus Neukalen / Mecklbg.

Göttingen 1959

RIJKSUNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Berichterstatter: Professor Dr. Rinck
Mitberichterstatter: Professor Dr. Gamillscheg

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Mai 1960

# INHALTSÜBERSICHT


| | Seite |
|---|---|
| Vorbemerkung | 1 |
| 1. Kapitel: Die Verfügung über künftige Rechte | 7 |
| § 1: Die Rechtsnatur der Abtretung im Laufe der Rechtsentwicklung | 7 |
| § 2: Der Begriff des künftigen Rechtes und die Verfügung über künftige Rechte im gemeinen und im preußischen Recht | 9 |
| § 3: Die Möglichkeit einer Verfügung über künftige Rechte nach dem BGB | 11 |
| I. Wortlaut des § 398 BGB | 11 |
| II. Beispiele für die Abtretung "gehoffter" Rechte im BGB | 12 |
| 1. §§ 437 I, 308 I, 312 II BGB | 12 |
| 2. §§ 1113 II, 1204 II BGB | 12 |
| III. § 956 I 1 BGB und andere Vorschriften | 13 |
| IV. Analoge Anwendung des § 185 II 1 BGB | 16 |
| 1. Keine unmittelbare Anwendung des § 185 II 1 BGB | 17 |
| 2. Voraussetzungen der Analogie | 17 |
| a) Logische Möglichkeit einer Verfügung über künftige Rechte | 19 |
| b) Wesen des § 185 BGB | 24 |
| c) Interessenlage | 25 |
| 3. Wirtschaftliche Gründe | 28 |
| § 4: Die Bindung der Parteien bei der Verfügung über künftige Rechte | 30 |
| I. Begriff der Bindung | 30 |

Seite

II. Frühester Zeitpunkt für die Bindung 31

III. Spätester Zeitpunkt für die Bindung 34

1. Die aufschiebende Bedingung nach § 158 ff BGB 34

2. Die Regelung in §§ 109 II, 178 S. 1, bei Handeln im eigenen Namen und in § 1397 II a.F. BGB 35

3. Interessenlage 37

4. Einwendungen von Norbert O.FISCHER 38

IV. Ergebnis 39

§ 5: Prioritätsprinzip und Durchgangserwerb bei der Vorausabtretung 40

I. Vorbemerkung 40

II. Prioritätsgrundsatz 40

III. Durchgangserwerb 47

1. Beeinflussung des kausalen Rechtsgeschäftes 48

a) Vertrag zu Lasten oder zu Gunsten Dritter 48

b) Geschäft, wen es angeht 49

c) Hinweis Sieberts auf § 164 BGB 51

2. Sonstige Erwägungen 51

a) Anwendung der §§ 406 ff BGB 51

b) Rechtslage im Konkurs des EV-Käufers 51

c) § 517 BGB 54

3. Die Interessenlage 55

§ 6: Der Durchgangserwerb bei der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung 56

I. Vorbemerkung 56

Seite

II. Durchgangserwerb bei Verbindungen und Vermischung 57

1. Verbindung mit einem Grundstück 57

2. Verbindung und Vermischung mit beweglichen Sachen 57

III. Durchgangserwerb bei der Verarbeitung 58

1. Die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten 58

2. Die Abdingbarbeit des § 950 BGB 59

a) FLUMEs Ansicht 59

b) Begriffliche Notwendigkeit 59

3. Der Erwerbswille 60

4. Sonstige Einwände 61

5. Die Lösung im Rahmen des § 950 BGB 62

a) "Hersteller" bei sozialer Abhängigkeit des Verarbeitenden 62

b) "Hersteller" bei Selbständigkeit des Verarbeitenden 63

aa) Vergleich Werkvertrag-Werklieferungsvertrag 63

bb) ZEUNERs Ansicht 63

cc) RÜHLs Auffassung 65

dd) Das Anwartschaftsrecht 66

ee) WESTERMANNs Meinung 66

IV. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse 66

2. Kapitel: Bestimmbarkeit und Bestimmtheit 67

§ 7: Die Rechtsprechung zur Zession von künftigen und gegenwärtigen Forderungen 67

I. Grundsätzliches 67

II. Die Abtretung der gesamten Forderungen bzw. der Forderungen in ihrer ganzen Höhe 68

1. Mietverhältnisse als Individualisierungsmomente 68

2. Der Betrieb als Individualisierungsmoment 70

a) RGZ Bd. 67, S. 116 (Forderungen aus mehreren Betrieben) 70

b) RG JW 1911, S. 576 (Erster "Ein-Betrieb"-Fall) 70

c) RG JW 1932, S. 3260 (Zweiter "Ein-Betrieb"-Fall) 71

3. Verbindung der Bestimmtheit mit der Einziehungsbefugnis 71

4. Forderungslisten und Handelsbücher als Individualisierungsmomente 73

a) RG JW 1914, S. 830 (Erster "Forderungslisten"-Fall) 73

b) RG Recht 1916, Nr. 215 (Erster "Handelsbücher"-Fall) 73

c) RG Recht 1917, Nr. 587 (Zweiter "Forderungslisten"-Fall) 74

d) OLG Hamburg, Bankarch. 1925, S. 455 (Zweiter "Handelsbücher"-Fall) 75

5. Das Kontokorrent-Verhältnis als Individualisierungsmoment 75

6. Zusammenfassung 75

II. Die Abtretung eines Teils der Forderungen 76

1. Individualisierungsmomente im Bereich des Zedenten 76

a) RG Gruch.Bd.48, S. 891 ("72-Mieter") 76

b) KG in OLG Rechtspr.Bd.24, S.305 ("10000-Mark") 77

c) RGZ Bd. 98, S.200 ("3-Forderungen") 77

2. Individualisierungsmoment im Bereich des Zessionars: RGZ Bd. 92, S. 238 ("Ständig wechselnde Vorschüsse") 78

Seite

§ 8: Die Rechtsprechung zur Bestimmtheit und Bestimmbarkeit in den Klauseln der AGB 80

I. Allgemeines 80

II. Die Rechtsprechung bis zum "denkbaren Fall" 80

1. Die Zession der künftig entstehenden Forderung in voller Höhe 80

a) RGZ 136/100 ("Zucker-Fall") 80

b) OLG Naumburg JW 33/1145 ("Röhren und Flanschen") 81

2. Die Zession der künftigen Forderung in Höhe des restlichen Lieferpreises oder unter Beschränkung auf den Wert des verarbeiteten Rohmaterials 82

a) OLG Hamm BankArch.Bd.30, S. 443 ("Beschränkung auf Rohmaterial") 82

b) RG JW 32/1655 ("in Höhe der restlichen Lieferforderung") 83

c) RGZ 142/139 ("Wasserdampfkessel") 83

III. Das Abstellen auf den "denkbaren Fall" in der Rechtsprechung bis 1945 84

1. RGZ 149/96 ("Bleche, Böden, Wellrohre") 84

2. Die Abtretung von Forderungen in voller Höhe" 84

a) RGZ 155/26 ("Fliesen-Fall") 84

b) OLG Hamburg JW 38/2207 85

c) RG JW 39/563 86

3. Die Abtretung in Höhe eines Teils der Forderungen 86

a) RG BankArch.Bd.36/24 ("Kakao-Kartons") 86

b) RG BankArch. Bd.35/284 87

c) RG DR 1940/581 87

IV. Die Rechtsprechung nach 1945 zu den ALB 88

1. Kritik FLUMEs an der Rechtsprechung des RG 88

2. LG Bielefeld, MDR 51/674 88

Seite

3. LG Frankfurt, BB 52/239 89

4. OLG Celle NJW 52/306 ff und BGH NJW 53/21 89

5. BGH NJW 58/417 92

6. BGH NJW 58/457 94

§ 9 : Die Rechtsprechung zur Bestimmtheit bei der Sicherungsübereignung 96

I. Vorbemerkung 96

II. Die Rechtsprechung bis 1945 96

1. RGZ 52/385 ("Städt. Teerhofverwalter") 96

2. RG Gruch. Bd.51/615 97

3. RG Gruch. Bd.58/1029 97

4. RG Seuff.Arch.Bd.71, Nr. 254 ("Kontoreinrichtungen") 98

5. RGZ 113/57 ("Mehl und Getreide") 99

6. RGZ 129/61 100

7. RGZ 132/183 100

III. Die Rechtsprechung nach 1945 101

1. BGH NJW 56/1315 101

2. BGH NJW 56/1918 103

3. BGH BB 57/593 ("Elfenbeinschränke") 103

§ 10: Die aus Lehre und Rechtsprechung gewonnenen Erkenntnisse zur Individualisierung in Einzelverträgen 105

I. Allgemeines 105

II. Summen- und quotenmäßige Bestimmung 106

III. "Außervertragliche Umstände" 107

IV. "Raumsicherungs"Klauseln 110

V. "Bestimmtheit" und "Bestimmbarkeit" 112

VI. Anhang: Die Einziehungsermächtigung in ihrer Bedeutung für den verlängerten Eigentumsvorbehalt 114

Seite

§ 11: Die Bestimmtheit in den AGB 117

I. Vorbemerkung 117

II. Das Wesen der AGB 117

1. Die Rechtsprechung 117

a) vor 1945 117

b) nach 1945 118

2. Die Ansicht der Wissenschaft 120

a) Vertreter der Normenlehre 121

b) Begriff des Gesetzes und der Rechtsform 124

c) Auseinandersetzung mit der Normenlehre und der Rechtsprechung 125

d) Herrschende Meinung und eigene Ansicht 129

III. Die Ansicht FLUMEs und die Bestimmtheit in allen "denkbaren" Fällen 130

. Kapitel: Sonstige Grenzen bei den Vorausverfügungen in den AGB

§ 12: Die Sittenwidrigkeit der Vorausabtretungsklauseln in den AGB 137

I. Einleitung 137

II. Der Begriff der "Sittenwidrigkeit" 137

III. Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit in den AGB und zur Sicherungsübereignung 138

1. Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts in AGB und in Individualverträgen bis 1945 138

a) RG JW 1911, Nr.576 Gruch.Bd. 55, S. 843, Nr.47 138

b) OLG Hamburg, JW 38, S. 220 138

c) RG JW 39, S. 563 139

2. Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts in AGB und in Induvidualverträgen nach 1945 140

Seite

a) OLG Celle, NJW 52/306 ff 140

b) BGH, NJW 53/21 ff 141

c) BGH, NJW 56/417 141

d) BGH, Betr. 55, S. 647 142

e) Zusammenfassung 142

3. Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung bis 1945 143

a) RGZ 113/57 143

b) RGZ 132/183 143

c) RGZ 136/247 143

4. Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung nach 1945 144

a) BGH LM Nr.1 zu § 138 BGB (Cb) 144

b) BGHZ 10, S.228 ff, BB 53/695 145

c) BGH Betr. 55, S. 1218 145

d) BGH NJW 56/706 147

IV. Das Schrifttum zur Sittenwidrigkeit und eigene Ansicht 148

1. Sittenwidrigkeit und verlängerter Eigentumsvorbehalt in den AGB 148

2. Sittenwidrigkeit , AGB und Sicherungsübereignung 151

a) Gläubigergefährdung und Knebelung 151

b) Prüfungspflicht 151

V. Die Folgen der Sittenwidrigkeit in den AGB 154

§ 13: § 242 BGB, c.i.c. und immanente Grenzen der Vertragsfreiheit in den AGB 157

# LITERATURVERZEICHNIS


| | |
|---|---|
| ABRAHAMSOHN | Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 03/343 ff. |
| ARNDT | Der Eigentumsvorbehalt im Baustoffhandel, DRiZ 52/20. |
| | Die Wirkung einer Vorausabtretung künftiger Forderungen im Konkurs, DRiZ 54/233. |
| ASCHER | Anm.zu BGH - LM Nr. 1 - § 138 (Cb) - Urt. vom 28.5.51. |
| BALLERSTEDT | Arbeitskraft und Handlungsbegriff, JZ 53/389 ff. |
| BARKHAUSEN | Das Verhältnis der Nichtigkeit wegen Knebelung zur Gläubigergefährdung bei der Sicherungsübertragung. NJW 53/1412 ff. |
| | Die Unwirksamkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts nach der Rspr. des RG, NJW 49/845 ff. |
| BARTH | Verfügungen über künftige Rechte, Gruch. B 58/577. |
| BAUMBACH-LAUTERBACH | Kommentar zur ZPO, 25.Aufl., 1958. |
| BAUMBACH-DUDEN | Kommentar zum HGB, 13.Aufl., 1959. |

| | |
|---|---|
| BECKER | Grundsätzliches zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, insbesondere zur Sicherungsübereignung, in der neueren Reichsgerichtsprechung, AcP 139/228 ff. |
| BENISCH | Der Eigentumsvorbehalt in Konditionenvereinbarungen, WuW 1953/598 ff. |
| BERGES | Zur Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung, BB 54/886 ff. |
| BERGK | Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Diss. Halle 1912. |
| BERNHARDT | Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, DR 1942/ 1171 ff. |
| BETTERMANN | Die "Kleine Mietpreisreform" und ihre Rechtsgültigkeit, JZ 52/65. |
| BIERMANN | Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., 1914. |
| BLOMEYER | Der unbestimmte Gläubiger in der Festschrift für Ernst BABEL, 1954, Bd.I, S.307. |
| | Allgemeines Schuldrecht, 1953. |
| V.BLUME | Zur Lehre vom Fruchterwerb des Pächters. JherJb. Bd. 39, S. 429 ff. |
| BÖHLE-STAMSCHRÄDER | Komm.zur KO, 3. Aufl., 1953. |

| | |
|---|---|
| BOEHMER | Erbrecht,<br>in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER,<br>Grundrechte, Bd.II, S.401 ff, |
| | Grundlagen der bürgerlichen<br>Rechtsordnung,<br>2. Buch, 2. Abteilung, 1952. |
| v.BONIN | Über den Eigentumserwerb des Herstellers,<br>Arch.f.Bürgerl.Recht Bd. 38, S. 117 ff. |
| BRANDES | Der verlängerte Eigentumsvorbehalt,<br>Diss. Göttingen 1940 |
| BRODMANN | Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch<br>Verar beitung,<br>JherJb. 79/128. |
| BRÜCKNER | Kreditsicherung und Verarbeitung,<br>Diss. Kiel 1938. |
| v. BRUNN | Die formularmäßigen Vertragsbedingungen<br>der deutschen Wirtschaft, |
| | in Bd. II (Sitzungsberichte) zu den Verhand-<br>lungen des Dtsch. Juristentages,<br>Berlin 1955. |
| v. CAEMMERER | Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundes-<br>gerichtshof,<br>JZ 53/97 ff. |
| | Der verlängerte Eigentumsvorbehalt,<br>ein Beitrag zum Problem der Kreditsicherung,<br>Drucksache des Bundesverbandes der deutschen<br>Industrie Nr. 22. |
| CAPELLER | Die doppelte Sicherungszession an den<br>Waren- und den Geldkreditgeber,<br>MDR 56/137. |

| | |
|---|---|
| COING | Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des RG zum Begriff der guten Sitten, (§§ 138, 826 BGB), NJW 47/48, S. 213 ff. |
| COSACK-MITTEIS | Lehrgang des Bürgerl. Rechts, 7. u. 8. Aufl., 1924. |
| CROME | System des Deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. 3, 1905. |
| DEMPEWOLF | Zur Konkurrenz von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession, NJW 56/851 ff. |
| | Prioritätsprinzip auch bei Konkurrenz zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession. NJW 57/858. |
| | Zusammentreffen von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession, Betr. 59, S. 564. |
| DERNBURG | Das Bürgerliche Recht des Dtsch.Reiches und Preußens, Bd. 1 (1902), 4. Aufl., Bd.3 (1908). |
| DÖNHOFF | Sicherungsübereignung durch Raumsicherungsvertrag, BB 56/827. |
| DREHER | Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Gegenstandes bei Übereignung und Abtretung. Ein Beitrag zur Rechtsprechung des Reichsgerichtes, AcP Bd. 138/350. |
| DROSTE | Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Der Betrieb, Beilage Nr. 10/57. |

| | |
|---|---|
| EBERHARD | Zinsen,<br>Gruch B. 56/56. |
| ECCIUS | Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen,<br>DJZ 04/54 ff.<br><br>Abtretung künftiger Forderungen Gruch Bd.53,<br>S. 1 ff. |
| EICHHORN | Zur Konkurrenz des verlängerten Eigentumsvorbehalts der Warengläubiger mit der Sicherungszession der Geldkreditgläubiger, Betrieb 54/532. |
| EILLES | Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Gerichte,<br>in Deutsches Gemeinde- und Wirtschaftsrecht 1941, S. 121 ff. |
| ENNECCERUS-LEHMANN | Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearb. 1954,<br>15. Bearb. 1958. |
| ENNECCERUS-NIPPERDEY | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,<br>14. Bearb., 1. Halbband 1952, 2. Halbband 1955. |
| ERMAN | Komm. z. BGB,<br>2. Aufl., 1958. |
| FISCHER-HENLE-TITZE | Bürgerliches Gesetzbuch,<br>14. Aufl., 1932. |
| FISCHER, Norbert O. | Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehalts der Warenlieferanten mit den Sicherungsmitteln der Geldkreditgeber,<br>Diss. Münster 1956.<br><br>Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise,<br>NJW 59, S. 366 ff. |
| FISCHER, Robert | Die allg. Geschäfts- u. Lieferungsbedingungen,<br>BB 57/481 ff. |

| | |
|---|---|
| FLESSA | Sittenwidrigkeit bei Sicherungsübereignungen, NJW 53/84 ff. |
| FLUME | Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 50/841 ff. |
| | Besprechung der Schrift von WESTERMANN, Interessenkollosionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, AcP Bd. 154/560 ff. |
| | Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehaltes, NJW 59/913 ff. |
| FÖRSTER-ECCIUS | Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., 1896. |
| FRÄNKEL | Verelendungskredite, DJZ 22/414 ff. |
| FRANKE | Befindet sich der verlängerte Eigentumsvorbehalt tatsächlich in einer Krise? BB 59/542 ff. |
| GAST | Zusammentreffen von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession, Betrieb 58/1235 ff. |
| GEILER | Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek, Verhandlungen des 32. Dtsch. Juristentages, (1921), Band II, S. 198 ff. |
| GESSLER-HEFERMEHL | Komm. zum HGB, 2. Aufl., 2. Band, 1953. |
| v. GIERKE, Julius | Sachenrecht, 3. Aufl., 1948 |

| | |
|---|---|
| v. GIERKE, Otto | Deutsches Privatrecht, Band I,<br>1895. |
| GROSSMANN-DOERTH | Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht,<br>1933. |
| GRÜNEBAUM | Zur Frage betreffend Verfügungen über künftige Forderungen,<br>DJZ 05/801. |
| | Die Verfügung über künftige Forderungen,<br>Das Recht, 1909, S. 660 ff. |
| HAEGELE | Eigentumsvorbehalt - Sicherungsübereignung,<br>2. Aufl., 1951. |
| HAMANN | Über die Verbindlichkeit der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp.),<br>MDR 49/209 ff. |
| HAUPT, Günter | Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken,<br>1937 |
| | Vertragsfreiheit und Gesetz,<br>ZAkDR 1943, S. 84 ff. |
| HAUPT, H. G. | Sicherungsrechte mehrerer Gläubiger an einem Warenlager,<br>Betrieb 53/1008. |
| HECK | Grundriß des Sachenrechts,<br>1930. |
| HEDEMANN | Sachenrecht des BGB,<br>2. Aufl., 1950. |
| HEES | Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globazession, Welchem Recht gebührt der Vorrang?<br>MDR 55/525. |

| | |
|---|---|
| HELLWIG-OERTMANN | System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Teil,1919. |
| HERSCHEL | Anm. zu RG DR 1941, S. 1726 ff. |
| | Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, zur praktischen Bedeutung der neuen Lehre von den AGB, DR 1942/753 ff. |
| HEUER | Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 03/28. |
| HILDEBRANDT | Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 55/325. |
| HOLZBERG | Zum Problem der Nichtigkeit bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Berücksichtigung der Allgemeinen Holzverkaufsbedingungen der Waldeigentümer, Diss. Göttingen 1954. |
| HUFNAGEL | Kreditsicherung durch Vorausabtretung zukünftiger Forderungen, NJW 52/490. |
| ISELE | Anm. zum Urt. des RG vom 3.6. 1932, JW 32/3175. |
| JACOBI | Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927. |
| JACUSIEL | Der Eigentumsvorbehalt, 1932 |
| JAEGER | Komm. zur KO, 6./7. Aufl., 1931. |

| | |
|---|---|
| JHERING | Die passiven Wirkungen der Rechte, JherJb. 10/387 ff. |
| KLEE | Die bestimmte Bezeichnung des Sicherungsgutes in Sicherungsübereignungsverträgen, BB 52/790 ff. |
| KOCH | Kreditgewährung und Veredelungsgefahr, Bankarchiv, Jahrgang 20, S.92. |
| KOHLER | Das Autorrecht, JherJb. 18/129 ff. |
| KRAUSE | Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB 55/268. |
| KRESS | Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1929. |
| LANDSBERG | Die Eigentumssicherung der Rohstofflieferanten, JherJb. 85/149 ff. |
| LANGE, Heinrich | Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung, NJW 50/565. |
| LARENZ | Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 55/521. |
| | Lehrbuch des Schuldrechts, I.Bd., Allg.Teil, 1953. |
| LEHMANN, H. | Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen, Denkschrift (nebst Gesetzesvorschlag) aufgrund der Beratungen des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht, 1937. |

LEHMANN, H. — Allgemeiner Teil des Bürgerl.Gesetzbuches, 11. Aufl., 1958.

Zum Sreit über die Reform der Kreditsicherung, ZAkDR 1939/228 ff u.261 ff.

LENT — Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., 1949.

Sachenrecht, 7. Aufl., 1958.

Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 7. Aufl., 1958.

LIPPMANN — Die Gründe für die Annahme einer Unübertragbarkeit zukünftiger Forderungen, DJZ 04/255.

LUDEWIG — Gefährdung des Eigentumsvorbehaltes durch Verarbeitung, Betrieb 51/932.

Die Rechtswirksamkeit des verlängerten Eigentumsvorbehaltes, Betrieb 1955, S. 589 ff.

LÜBTOW — Das Geschäft "für wen es angeht" und sogenannte antizipierte Besitzkonstitut, ZHR 112/227 ff.

LÜPKE — Anm.zu dem Urt. des LG Lübeck vom 1.2.57, BB 57/840.

MATTHIESSEN — Der Kampf der Eigentumsvorbehaltslieferanten um die Forderung aus dem Weiterverkauf, Zentralblatt für Handelsrecht 1932/40 ff.

Zur Frage des Fortdauerns des Übereignungswillens bei Übereignung von Warenlägern, BankA Bd. 33, S. 411.

MENZEL-KUHN — Komm. z. KO, 6. Aufl.

MEYER- CORDING — Anm. zum Urt. des BGH vom 9.7.1953, JZ 53/665 ff.

MÖLLER — in dem Streitgespräch über Zulässigkeit und Wirkung der AGB, 41. Dtsch. Juristentag, 1955.

MÜCKENBERGER — Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise, NJW 58/1753 ff.

MÜLLER, Horst — Der verlängerte Eigentumsvorbehalt, Bemerkungen zur neusten Rspr. und zu den Grundsätzen der Reichsgruppe Industrie, ZAkDR 38/502.

MÜNZEL — Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, MDR 51/129.

NASTELSKI — Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, DRiZ 1955/212.

NIKISCH — Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1959.

OERTMANN — BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl. 1910, 5. Aufl., 1929.

| | |
|---|---|
| OERTMANN | Die Rechtsbedingung (condicio juris), 1924. |
| v. OHMEYER | Verfügung über künftige Rechte, 1909. |
| PAGENSTECHER | Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, (Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen), Bd. 86 der Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof. Dr. HEYMANN. 2. Aufl., 1944. |
| PALANDT | Komm. zum BGB, 18.Aufl., 1959. |
| PLANCK-BRODMANN | Komm. zum BGB, 3. Bd., Sachenrecht, 4. Aufl., 1920. |
| PLANCK-GREIFF | 3. Aufl., 1906. |
| PLANCK-SIBER | Komm.z.BGB nebst Einführungsgesetz, 2.Band, 1.Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allg.Teil), §§ 241-432, 4. Aufl., Berlin 1914. |
| PLANITZ | Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3.Aufl., 1949. |
| POHLE | Anm.zum Urt. des BGH vom 13.6.1956, MDR 56/732. |
| POLLEMS | Zur Sicherungsübertragung von Rechten an Warenlagern, Betr. 57/449. |
| PAULUS | Probleme und Möglichkeiten der institutionellen Ausformung der Sicherungsübereignung, JZ 57, S.7-11, S. 41-48. |

| | |
|---|---|
| RAAPE | Die Wollensbedingung,<br>zugleich ein Beitrag zum Stempelrecht,<br>1912. |
| RAISER | Das Recht der allg.Geschäftsbedingungen,<br>1935. |
| | Anmerkung zu dem Urteil des KG (West)<br>vom 22.10.1949,<br>SJZ 1950, S. 667 ff. |
| | in den Sitzungsberichten (Bd.II) zu den Verhandlungen des 41.Deutschen Juristentages, Berlin 1955, über "Streitgespräch über Zulässigkeit und Wirkung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen". |
| | Vertragsfreiheit heute,<br>JZ 58/1 ff. |
| REICHSGERICHTSRÄTE | Komm. z.BGB,<br>10. Aufl., Bd. III, 1954.<br>10. Aufl., Bd. I, 1953. |
| REINHARDT | Methoden der Rechtsfindung ,<br>in REINHARDT-KÖNIG, Richter und Rechtsfindung, 1957. |
| REINICKE, G.u.D. | Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, eine Stellungnahme zu den Ausführungen MÜNZELs (MDR 1951, S.129 ff),<br>MDR 1951, S. 333 ff. |
| RIEGEL, | Die vorweggenommene Sicherungsabtretung,<br>Diss. Köln 1938. |
| RIETSCHEL | Anm. zu BGH, Urt.v.16.12.57,<br>LM zu § 398 BGB, Nr.6. |
| RÜHL | Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft,<br>1930. |

| | |
|---|---|
| ROQUETTE | Die Typisierung des Vertragsinhalts durch allgemeine Vertragsbedingungen, JW 38/545. |
| ROSENBERG | Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., 1954. |
| SCHAGEN | Verarbeitung von unter Eigentumsvorbehalt gekauften Waren, Diss. Tübingen 1932. |
| SCHANTZ | Verlängerter Eigentumsvorbehalt - wie lange noch? Ein kritischer Beitrag zum Recht der AGB. 1937. |
| SCHILD | Der verlängerte Eigentumsvorbehalt, Ein Beitrag zur Abtretung künftiger Forderungen, JW 38, S. 5 ff. |
| SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT | Komm. zum HGB, 3. Aufl., 3.Band, 1956. |
| SCHMITZ-BEUTING | Zur Kollision von Sicherungsabtretungen an Geld- und Warenkreditgeber, KTS 56, S. 88 ff. |
| SCHMIDT-LOSSBERG | Die Geltung der Allg.Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp.), MDR 49/609 ff. |
| SCHMIDT, Reimer | Zur Diskussion um Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, MDR 55/447 ff. |
| SCHMIDT-RIMPLER | Grundfragen zur Erneuerung des Vertragsrechtes, AcP 147/130 ff. |
| SCHNEIDER ,Dietrich | Beschränkung von Gewährleistungsrechten in Allgemeinen Lieferungsbedingungen, NJW 54/133. |

SCHOLZ, Helmut — Das Recht der Kreditsicherung, 1952.

SCHWARTZ — Die Grundsätze der Reichsgruppe Industrie über den Eigentumsvorbehalt, ZAkDR 38/415.

SCHWEIGER — Die Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung, MDR 53/707 ff.

SIEBERT — Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933.

Ist bei aufschiebend bedingter Übereignung die Fortdauer der Einigung bis zum Eintritt der Bedingung erforderlich? JW 33/2440 ff.

Zur Rechtserneuerung im Schuldrecht, DR 41, S. 1930 ff.

Typische Gefahren der Sicherungsübereignung für den Gläubiger, BB 50/156.

Die Methode der Gesetzesauslegung, erläutert an § 34 des Niedersächsischen Arbeitsschutzgesetzes für Jugendliche, 1958.

SIMON, Paul — Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung, 1907.

SOERGEL-ERDSIEK — Komm.z.BGB, II.Bd., 8.Aufl., 1952 (§ 717 BGB)

SOERGEL-SIEBERT — Komm. z.BGB, II.Bd., 8.Aufl., 1952 (§ 242 BGB)

| | |
|---|---|
| SPRENGEL | Grenzen zulässiger Kreditsicherungen, MDR 54/257 ff. |
| STAUB | Anm.zur Frage der Abtretung von künftigen Forderungen, DJZ 03/360. |
| STAUDINGER-BERG | Komm.z.BGB, 11.Aufl., III.Bd., 1.Teil, 1956. |
| STAUDINGER-BRÄNDL | Komm.z.BGB, 12. Aufl., Einl., 1957. |
| STAUDINGER-COING | Komm.z.BGB, 11.Aufl., I.Bd., 1957. |
| STAUDINGER-RIEZLER | Komm. z. BGB, 10.Aufl. I.Bd., 1936 |
| STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE | Komm.z.ZPO, 2. Bd., 18. Aufl., 1956. |
| STOLDT | Normative Kraft der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp.) und der Allgemeinen Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransportes (ALB), MDR 51/141 ff. |
| | Bd.II (Sitzungsberichte) zu den Verhandlungen des Dtsch.Juristentages, Berlin 1955. |
| STOLL-FELGENTRAEGER | Vertrag und Unrecht, 4. Aufl., 1944. |
| STRAUS | Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 03/342. |

| | |
|---|---|
| STULZ | Besprechung von RÜHL, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäfte, JW 1930, S. 2771 ff. |
| | Der Eigentumsvorbehalt in in- und ausländischem Recht, 1930. |
| SÜSS | Abtretung künftiger Ansprüche, München 1910, Diss.Erlangen 1910 (Ref. OERTMANN). |
| TASCHE | Grundwirkende Spezifikation, ihr Umfang und Wesen, Diss. Göttingen 1920. |
| TITZE | Anm.zu RG, Urt.vom 6.4.1937, JW 37/1963, (zur Frage der Bestimmbarkeit). |
| v. TUHR | Verfügungen über künftige Forderungen, DJZ 04/426. |
| | Abtretung künftiger Forderungen, BankArch.Jahrgang 1907/08, S.277. |
| | Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1910 ff. |
| VÖLLING | Ist der in allgemeinen Lieferungsbedingungen vorgesehene verlängerte Eigentumsvorbehalt rechtswirksam? Sparkasse 52/282. |
| VOLLMER | Anm.zu BGH, Urt. vom 16.11.1954, NJW 55/789 ff. |
| WALB | Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs, BB 53/577 ff. |
| WEGERHOFF | Zur Prüfungspflicht bei Sicherungsübereignungen, Betrieb 1955/549. |

WELZEL — Deutsches Strafrecht,
6. Aufl., 1958.

WENDT — Eigentumsvorbehalt bei Finanzierungen,
MDR 56/337.

WESTERMANN — Sachenrecht,
2. Aufl., 1951.

Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen,
1954,

in Bd.II (Sitzungsberichte) der Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Berlin 1955, in dem Streitgespräch "Gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehaltes".

Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht,
1955.

Probleme der Sicherungsübereignung an Warenlagern,
zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH v. 13.6. 1956,
NJW 56/1297.

WIEACKER — Bodenrecht,
1938.

Der Eigentumsvorbehalt als dingliche Vorzugshaftung,
ZAkDR 38/590.

Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung.
(Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht),
Dtsch.RWiss. 1941/49.

Gesetz und Richterkunst,
zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnun
1958

| | |
|---|---|
| WINDEN | Der Sicherungswert stiller Zessionen, Betrieb 53/56. |
| WINDSCHEID-KIPP | Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906. |
| WOITE | Freizeichnungsklauseln in den AGB der Banken, Diss. Leipzig 1931. |
| WOLFF, M. | Sachenrecht, 7.Bearb.,1927. |
| WOLFF,M.-RAISER | Sachenrecht, 10.Bearb., 1957. |
| WUNSCHEL, H.W. | Die Krise des verlängerten Eigentumsvorbehaltes, NJW 1959, S. 653 ff. |
| ZEUNER | Die fremdwirkende Bearbeitung als Zurechnungsproblem, JZ 1955/195 ff. |
| ZÖLLER | Komm.zur ZPO, 9. Aufl., 1958. |
| ZUNFT | Die Übertragung der Eigentumsanwartschaft gemäß § 930 BGB, NJW 57/445. |

# Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| AcP | = Archiv für die civilistische Praxis |
| ADSp | = Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen |
| AGB | = Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| AöR | = Archiv des öffentlichen Rechtes |
| ArchBürgR | = Archiv für Bürgerliches Recht |
| BAG | = Bundesarbeitsgericht |
| BankArch. | = Bankarchiv |
| BB | = Betriebsberater |
| BDI | = Bundesverband der Deutschen Industrie |
| Betr. | = Betrieb |
| BGHZ | = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| DGWR | = Deutsches Gemeinde- und Wirtschaftsrecht |
| DJZ | = Deutsche Juristen-Zeitung |
| DÖV | = Die Öffentliche Verwaltung |
| DR | = Deutsches Recht |
| DRiZ | = Deutsche Richterzeitung |
| Deutsche R.Wiss. | = Deutsche Rechtswissenschaft |
| E.E. | = Einziehungsermächtigung |
| GG | = Grundgesetz |
| Gruch.B. | = Gruchots Beiträge |
| HL | = Herrschende Lehre |
| HM | = Herrschende Meinung |
| JherJb. | = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bügerlichen Rechtes |
| JR | = Juristische Rundschau |
| JW | = Juristische Wochenschrift |
| JZ | = Juristenzeitung |
| KO | = Konkursordnung |
| KTS | = Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen |
| LM | = Lindenmaier-Möhring |
| LZ | = Leipziger Zeitschrift |
| MDR | = Monatsschrift für Deutsches Recht |
| NJW | = Neue Juristische Wochenschrift |
| OGH | = Oberster Gerichtshof für die britische Zone |
| Recht | = Das Recht |
| RG | = Reichsgericht |

| | |
|---|---|
| RGZ | = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| SA | = Sicherungsabtretung |
| SÜ | = Sicherungsübereignung |
| SeuffArch. | = Seufferts Archiv |
| VDStRL | = Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer |
| vEV | = verlängerter Eigentumsvorbehalt |
| WuW | = Wirtschaft und Wettbewerb |
| WRV | = Weimarer Reichsverfassung |
| ZAkDR | = Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht |
| ZfHR | = Zentralblatt für Handelsrecht |
| ZHR | = Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht |
| ZPO | = Zivilprozeßordnung |

## Vorbemerkung

Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts haben sich die rechtlichen Formen grundlegend geändert, in denen der Lieferant und der Großhändler, der Großhändler und der Einzelkaufmann ihre Geschäfte abwickeln. Sogar der Handel mit dem Verbraucher ist in diesen Prozeß einbegriffen.

Die Maschine hat dem Fabrikanten ermöglicht, Waren gattungsmäßig herzustellen und jederzeit lieferbereit zu sein. Die Beseitigung der Zollschranken, die Freiheit des Handels, hat die Geschäfte über immer größere Räume ausgedehnt. Nicht immer aber konnte der Kaufmann vor dem Vertragsschluß die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse seiner Kunden kennenlernen. Auch waren ihm Handelsbräuche und Verkehrssitten häufig unbekannt. Der - räumlich nicht begrenzte - Handel war zu einem Wagnis geworden. Wie der Handel, so vergrößerten auch die Banken ihr Einflußgebiet. Sie hatten zwar mit nicht geringeren Schwierigkeiten zu kämpfen, doch erwiesen sie sich geschickter als die Fabrikanten. Um gegen Überraschungen gefeit zu sein, begannen sie, die "Usancen" in einem ihnen günstigen Sinne aufzuzeichnen und machten sie allgemein zum Inhalt ihrer Geschäfte. [1] Das ist der Anfang der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)[2]

1) Dazu ausführlicher RAISER, Das Recht der AGB, S. 26 ff; ebenso GROSZMANN-DOERTH, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, S. 5.

2) An der wirtschaftlichen Notwendigkeit der AGB in der modernen Wirtschaft kann ernstlich nicht gezweifelt werden, so meistens Robert FISCHER, BB 57, 481 f unter I; ebenso ROQUETTE, JW 38, 545; KRAUSE, BB 55, 265; SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT, HGB, 3. Aufl., 2.Bd., 1956, § 346, Randnummer 26; A. BLOMEYER, Allg. Schuldrecht, 1953, S. 85 -
R.FISCHER führt a.a.O. zurecht für die Notwendigkeit der AGB folgende Gründe an: Streben nach Rationalisierung des modernen Vertragswesens und nach gesunder Fortbildung des z.T. veralteten oder unzulänglichen Rechtes, sichere Grundlagen für die Kalkulation, daneben Anliegen organisatorischer Art (Beaufsichtigung des Personals

Sicherung gegen nicht bekannte Handelsbräuche bedeutete jedoch keineswegs auch Sicherung gegen einen wirtschaftlichen Niedergang des Kunden. Das spürten die Gläubiger in der Inflationszeit und in der Wirtschaftskrise um 1930. Zugleich war das Kreditbedürfnis des Kunden stärker als je zuvor angewachsen. Wie aber sollten sich Waren- und Geldgläubiger gegen Verluste schützen? Die traditionellen Sicherungsformen versagten: Eigene Grundstücke waren nicht immer vorhanden oder Waren verloren gegangen. Grundpfandrechte konnten deshalb nicht bestellt werden. Pfandrechte an Warenlager erschienen unzweckmäßig, da das BGB eine Verpfändung nicht gestattet, solange der Verpfänder die Waren noch in unmittelbarem Besitz hat (vgl. § 1205 ff BGB). Zudem hätte der Kunde bei einer Verpfändung seine Vermögensverhältnisse offenlegen müssen. In dieser Lage griff der Geldgläubiger, die Bank, zu einer vom unmittelbaren körperlichen Besitz unabhängigen Sicherungsform: der Sicherungsübereignung an Waren. [3] Der Lieferant entsann sich bald des - ihm nach § 455 BGB möglichen - Eigentumsvorbehaltes, der ihm seine Kaufpreisforderung sichern sollte. Damit führte das Interesse an dem Warenlager des Kunden zum Gegensatz zwischen Warengläubiger und Geldgläubiger. In dem Konflikt siegte vorerst der Warengläubiger, denn ein gutgläubiger Erwerb des Sicherungsnehmers, der Bank, ist nach § 933 BGB an den unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren nicht möglich, solange sie sich im unmittelbaren Besitz des Kunden befinden. Gegenüber Pfändungspfandgläubigern des Käufers können Lieferanten erfolgreich Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben, während im Konkurse des Käufers den EV-Verkäufern ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO zusteht. [4]

---

und Beschränkung seiner Befugnisse), siehe aber auch die Kritik R.FISCHERs, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. (Zu den Gründen für die Beibehaltung der AGB vgl. auch MÖLLER, Streitgespräch über Zulässigkeit und Wirkung der AGB, 41.Dtsch.Juristentag, 1955, E 20).

3) Später wurde die SÜ auf noch nicht vorhandene, erst anzuschaffende Waren ausgedehnt: sog.vorweggenommene SÜ - in ständRspr.anerkannt seit RGZ 56, 54; bejahend auch WESTERMANN, Sachenrecht, § 43, II, 3.

4) so die überwiegende Ansicht in der Lehre und die ständRspr.: mit weiteren Nachweisen BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO-Kommentar, 24.Aufl., § 771, Anm.6; - LENT, Lehrb.3.Aufl., § 13, IV.

Fabrikanten und Banken waren sich jedoch der Unzulänglichkeit des einfachen Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübereignung wohl bewußt, mußten doch beide Formen versagen, sobald der Käufer die Ware - bestimmungsgemäß - verarbeitet oder veräußert.[5] Wollten die Gläubiger nicht benachteiligt werden, so mußten sie sich an den Teil des Umlaufvermögens halten, den sie - mit dem einfachen Eigentumsvorbehalt und der Sicherungsübereignung - noch nicht erfaßt hatten: an die Forderungen des Käufers gegen seine Abnehmer und an die nach Verarbeitung und nach Vermischung mit anderen Waren entstandenen Erzeugnisse. Der Lieferant ließ sich zur Sicherung die aus dem Weiterverkauf der Ware entstehende Forderung abtreten (sog. verlängerter Eigentumsvorbehalt), die Bank sicherte sich wegen ihrer Darlehensforderung ebenfalls durch Abtretung zukünftiger Forderungen.[6] Dieselben Forderungen wurden von verschiedenen Gläubigern beansprucht: von Banken und Lieferanten. Zusätzlich vereinbarten die Lieferanten, daß eine etwaige Verarbeitung für sie erfolge. Auch die Übertragung dieser Surrogate ist eine Form des verlängerten Eigentumsvorbehalts. Von einem verlängerten Eigentumsvorbehalt spricht man, [7] wenn sich der Lieferant den Anspruch auf den Erlös aus dem Weiterverkauf und/oder den nach der Verarbeitung entstandenen Gegenstand hat übertragen lassen. Indessen, auch die Verarbeitungs-Klausel genügte dem Sicherungsstreben der Fabrikanten noch nicht. Sie wollten den Eigentumsvorbehalt so lange erhalten, bis sämtliche Forderungen aus der geschäftlichen Verbindung zu dem Kunden (sog. Kontokorrent-Klausel) und - schließ-

---

5) Daß bei der Weiterveräußerung nicht etwa ein Ersatzaussonderungsrecht nach § 46 KO entsteht, betont mit Recht WALB, BB 1953, S.578. Es handelt sich um eine berechtigte Weiterveräußerung, da der Käufer nur dann in der Lage ist, seine Waren zu bezahlen, wenn er sich durch den Verkauf den Erlös verschaffen darf.

6) Bei der Sicherungsabtretung soll die zur Sicherung abgetretene Forderung nach Erreichung des Sicherungszweckes auf den Zedenten zurückübertragen werden.

7) So PALANDT-HOCHE § 929, 6 A; FLUME, NJW 50, S. 841; H.LEHMANN, Denkschrift, S. 6

lich - alle Ansprüche sämtlicher Konzerngläubiger (sog. Konzernklausel) erfüllt waren.[8] Um sicher zu gehen, daß sie keinen Kunden vergessen hatten, nahmen die Gläubiger solche Vereinbarungen in ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) auf. Typisch war z.B. folgende Bestimmung der Lieferanten: [9]

> "Alle gelieferten Waren bleiben bis zur Erfüllung sämtlicher Zahlungsverpflichtungen des Käufers Eigentum des Verkäufers. Der Käufer darf die Ware im Rahmen seines ordnungsgemäßen, üblichen Geschäftsbetriebes veräußern, verarbeiten und vermischen.
>
> Der Eigentumsvorbehalt bleibt wirksam, wenn die Ware verarbeitet und/oder vermischt wird; er erstreckt sich alsdann anteilmäßig auf das durch die Verarbeitung und/oder Vermischung entstandene neue Produkt.
>
> Die Geldforderungen des Käufers, die aus dem Verkauf des Eigentums des Verkäufers gegenüber seinen Käufern (Abnehmern) entstehen, gelten von ihm im Zeitpunkt des Kaufes bis zur Höhe seiner Verbindlichkeit aus der gesamten mit dem Verkäufer bestehenden Geschäftsbeziehung mit Vorrang vor dem Rest an den Verkäufer als abgetreten.
>
> Erfolgt die Veräußerung und/oder Vermischung so erstreckt sich die Abtretungsverpflichtung des Käufers auch auf denjenigen Teil der Forderung, der dem Anteil der Ware an dem entstandenen neuen Produkt unter Berücksichtigung des in diesem Vertrage festgelegten Kaufpreises entspricht.

---

8) Konzern- und Kontokorrent-Klausel werden als "erweiterte" EV bezeichnet (so FLUME, a.a.O.). - Den erweiterter EV sieht man als eine besondere Form des verlängerten EV an. Davon zu unterscheiden ist der "weitergeleitete" EV, bei dem der Käufer verpflichtet wird, den EV auch dem Erwerber aufzuerlegen (vgl. PALANDT-HOCHE, §929, 6 A). Teilweise wird der weitergeleitete EV als "erstreckter" EV bezeichnet (dazu Norbert O. FISCHER, a.a.O. S. 6, Anm. 9).

9) Punkt VII der "Handelsüblichen Lieferungs-und Zahlungsbedingungen für Lacke und Anstrichfarben" (zusammengestellt vom Verband der Lackindustrie im Dezember 1952), - ähnlich lauteten die Formulierungen in den AGB der 30er Jahre.

Eine Veräußerung außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes, eine Verpfändung oder sicherungshalber erfolgende Übertragung der Ware, an der der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat, und der an den Verkäufer abgetretenen Forderungen ist dem Käufer nicht gestattet."

Die wahllose Verwendung derartiger Klauseln in den AGB der Warengläubiger führte zu einem Kampf mit den Banken als den Geldgläubigern und der Warengläubiger untereinander.[10] Da die AGB wegen ihres Umfanges nicht immer gelesen wurden, wußten die Kunden meistens selbst nicht, an wen sie die Forderungen abgetreten hatten und wer somit als Gläubiger der Forderung in Betracht kam. Im Jahre 1938 wurde der Streit um die AGB vorübergehend durch die Empfehlungen der damaligen Reichswirtschaftskammer gemildert, den Eigentumsvorbehalt nicht mehr in den AGB aufzunehmen.[11] Seit der Währungsreform ist der Kampf wieder in voller Schärfe entbrannt. Das nimmt nicht wunder, da durch den 2. Weltkrieg das Anlagevermögen als eigentliche Grundlage für eine Gläubigersicherung in weit höherem Maße zusammengeschrumpft ist, als es nach 1918 der Fall war. Wie in den 30er Jahren versuchten auch heute wieder die Banken, sich durch Sicherungsabtretung und Sicherungsübereignung gegen Verluste zu schützen, und verwenden aus dem gleichen Streben die Lieferanten in ihren AGB den verlängerten Eigentumsvorbehalt.[12] Solche Bedingungen auf ihre recht-

---

10) So SCHANTZ, Verlängerter Eigentumsvorbehalt - wie lange noch?, 1937, S. 20 ff.

11) Die Ansicht der Reichswirtschaftskammer wurde veröffentlicht im Deutschen Reichsanzeiger 1938, Nr.92. - Über die Hintergründe dieser Empfehlung siehe SCHWARTZ, ZAkDR 1938, S. 415. - Zur Diskussion um die Reform des Kreditsicherungsrechtes vgl.H.LEHMANN, Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen, 1937; weiter von demselben Verfasser "Zum Streit über die Reform der Kreditsicherung", ZAkDR 1939, S.228ff, 261 ff.

12) Einen Markstein in der Auseinandersetzung um den verlängerten EV in den AGB bildet die Entscheidung des BGH vom 26.10.1952, -abgedruckt in BGHZ Bd.7, S.365 ff = NJW 53, S.21 ff = JZ 53, S.112 ff = BB 52, S.959 ff = LM Nr.2 zu § 398 BGB (Anm.SCHMIDT), auf die weiter unten noch im einzelnen einzugehen ist. - Aus dem umfangreichen Schrifttum sei-

liche Wirksamkeit hin zu untersuchen, ist deshalb nicht nur von akademischen Interesse. Im Mittelpunkt einer Prüfung stehen die Klauseln über die Vorausabtretung künftiger Forderungen. [13)]

Lieferanten und Banken können nur dann künftige Forderungen als Sicherungsmittel betrachten, wenn künftige Forderungen überhaupt abgetreten werden können. Ohne eine positive Antwort auf diese Frage muß eine Untersuchung über eine Kollision zwischen dem verlängerten Eigentumsvorbehalt und der Sicherungsabtretung von Forderungen an die Banken schon gleich im Anfang eingestellt werden. Der Gesetzgeber des BGB hat die Abtretbarkeit künftiger Forderungen nicht ausdrücklich geregelt. Es ist deshalb erforderlich, eine Lösung nach den - geschichtlich zu entwickelnden - "hinter den konkreten Rechtssätzen liegenden Ordnungsgesichtspunkten" zu versuchen, insbesondere die "Wertung der Funktionen und Interessen" zu beachten, "die das geltende Recht zur Lösung des Problems beherrschen". [14)]

---

en vor allem erwähnt: FLUME, Der verlängerte und erweiterte EV, NJW 1950, S.841 ff. und NJW 1959, S.913 ff; v.CAEMMERER, Verlängerter EV und BGH, JZ 1953, S.97 ff; WESTERMANN, Interessenkollissionen und richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, 1954.

13) vgl.Abs.3 der auf S.4 zitierten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen für Lacke und Anstrichfarben.

14) so SIEBERT, Die Methode der Gesetzesauslegung, 1958, S.15; von dem dort, S.14, genannten Schrifttum seien hier erwähnt: ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg.Teil, I, § 55; STAUDINGER-BRÄNDL, BGB (11.Aufl.), 1954, Einl.62 ff zu § 1; WESTERMANN, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955, ("Der Streit ist ... Entscheidung eines Einzelfalles auf Grund der durch das Gesetz bindend vorgeschriebenen Interessenbewertung"); REINHARDT, Methoden der Rechtsfindung, in: REINHARDT-KÖNIG, Richter und Rechtsfindung, 1957, S.17 ff (Die Rechtswissenschaft müsse die für ein Gesetz maßgeblichen Ordnungsgesichtspunkte analysieren.)

## 1. Kapitel: Die Verfügung über künftige Rechte

### § 1: Die Rechtsnatur der Abtretung im Laufe der Rechtsentwicklung

Das römische Recht kann uns nichts über das Wesen der Abtretung als einer rechtsgeschäftlichen Übertragung von Forderungen sagen. Eine Rechtsnachfolge in Forderungen war ihm unbekannt, denn das juris vinculum bestand lediglich zwischen zwei Personen. Der Dritte konnte Gläubiger nur im Wege der Novation werden. Durch das mandatum ad agendum in rem suam war es aber dem Gläubiger möglich, einen anderen zu bevollmächtigen, in seinem, des Gläubigers, Namen zu klagen und das Eingeforderte für sich zu behalten. [1] Das römische Recht konnte sich noch nicht von der konkreten Anschaulichkeit lösen. Die Forderung als Kind des juris vinculum war noch nicht mündig geworden.

Auch nach älterem deutschen Recht war der Gläubiger nicht in der Lage, seine Forderung mit Wirkung gegen den Schuldner auf einen Dritten zu übertragen. [2] Erst im späten Mittelalter zeigte sich ein Fortschritt im abstrakten Denken. Nun gestattet man dem Gläubiger die Übertragung der Forderung selbst, wobei freilich die meisten Rechte die Einwilligung des Schuldners forderten. [3] Diese Forderungsabtre-

---

1) vgl. WINDSCHEID-KIPP, Pandekten II, § 329 (S.362).

2) PLANITZ, Grundzüge des deutschen Privatrechtes, 3.Aufl.,1949, § 66 I. - Freilich bestand die Möglichkeit, daß der Schuldner von vornherein an einen Dritten leisten mußte: Verträge auf Leistung an Dritte. Diese Vertragsfigur bildete einen Ersatz für die unzulässige Forderungsabtretung.

3) PLANITZ, a.a.O. § 66, I; - eine ähnliche Entwicklung vollzieht sich heute mit der selbständigen Abtretbarkeit des Anspruchs aus § 985 BGB.

tung bewirkte den Übergang der Forderung in das Vermögen des neuen Gläubigers unter Belassung ihrer Identität. Die Abtretbarkeit wurde dann in § 398 BGB gesetzlich festgelegt.[4)]

Das Wesen der in § 398 geregelten Abtretung liegt in folgendem: Durch Vertrag, - also durch Rechtsgeschäft -, wird eine Forderung auf einen anderen dergestalt übertragen, daß nach § 398 S. 2 der Erwerber mit Vertragsschluß an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt. Obwohl sich die Abtretung im Recht der Schuldverhältnisse findet, wird durch die Abtretung selbst kein Schuldverhältnis begründet. Nach § 241 ist für ein Schuldverhältnis wesentlich, daß der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Dem Recht, etwas zu fordern, entspricht eine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung (§ 241). Die Verpflichtung bereitet eine Rechtsänderung, auch eine Rechtsübertragung, erst vor. Sie selbst braucht noch keine Leistung zu sein. Wenn z.B. G1 sich verpflichtet, eine Forderung auf G2 zu übertragen, so wird G2 nicht schon durch die Verpflichtung Inhaber der Forderung. Dazu bedarf es vielmehr eines weiteren Rechtsgeschäftes, nämlich der Abtretung selbst. Bei einem Verpflichtungsgeschäft kann somit eine Rechtsänderung immer nur mittelbar erfolgen. Bei einer Abtretung tritt dagegen der neue Gläubiger schon mit dem Vertragsabschluß, also unmittelbar, an die Stelle des alten Gläubigers. Ein solches Rechtsgeschäft bezeichnet das BGB, wie sich aus § 137 ergibt, als Verfügung. Unter einer Verfügung versteht die HM ein Rechtsgeschäft, durch das ein bestehendes Recht unmittelbar übertragen, belastet, aufgehoben oder inhaltlich verändert wird.[5)]

---

4) Die künftig zitierten Paragraphen beziehen sich - bei Fehlen einer anderen Bezeichnung - auf das BGB.

5) H. LEHMANN, Allg.Teil, 11.Aufl., 1958, § 15 II 1; ähnlich LARENZ, Schuldrecht, Bd.I, 1953, S.29: "..., durch das der Berechtigte entweder die Rechtszuständigkeit oder den Rechtsinhalt oder - bei Belastungen - beides ändert".
Der Verfügungscharakter der Abtretung ist nicht bestritten (vgl. PALANDT-DANCKELMANN, 18. Aufl., § 398, 1-a).

## § 2: Der Begriff des zukünftigen Rechtes und die Verfügung über künftige Rechte im gemeinen und im preußischen Recht

Über den Begriff des zukünftigen Rechtes herrscht in Wissenschaft und Rechtsprechung keine Einigkeit.

Nach v. TUHR [6] ist ein Recht dann als ein zukünftiges zu bezeichnen, wenn "auch nur eine zur Entstehung erforderliche Tatsache" fehlt. Danach wären als künftige Rechte anzusehen:

a. die bedingten Rechte, [7]
b. die betagten Rechte, [8]
   - daneben in Anlehnung an die Unterteilung v. OHMEYERs: [9]
c. Rechte, die bei ihrem Entstehen an die Stelle des präsenten Rechtes treten.

   Beispiel: Das künftige Eigentum des Gläubigers "an der ihm vom Schuldner kraft Herausgabeanspruches zu leistenden Sache". [10]
d. Rechte, die einem gegenwärtig bestehenden Grundverhältnisse entspringen, oder, wie JHERING [11] sie bezeichnet hat: Rechte, bei welchen der konstitutive Akt, der den Grund zur Existenz des

---

6) v.TUHR, DJZ 09, S.428; vgl. zu dieser Darstellung auch BARTH, Gruch.Bd.58, S. 577 ff; - BLO-MEYER, Festschr.f.RABEL, Bd.I, S.307, und Norbert-O.FISCHER, Kollision des vEV der Warenlieferanten mit den Sicherungsmitteln der Geldkreditgeber, Diss.Münster, 1956, S.17, sprechen von einem gegenwärtigen Recht, "wenn das Recht in seinem ganzen Umfang entstanden ist, wenn also der ganze Tatbestand vorliegt, an den die Rechtsänderung das Entstehen eines Rechtes anknüpft."

7) so auch WINDSCHEID-KIPP, Pandekten I, 9.Aufl., § 67, Anm.2.

8) v.OHMEYER, Verfügung über künftige Rechte, 1909, S.17, weist daraufhin, daß in beiden Fällen die Entstehung des Rechtes von einem fremden Umstand abhängig ist. Nach ihm zählen deshalb beide Gruppen zu den ggw.Rechten, - die bedingten Rechte zudem wegen der "positivrechtlichen" Gestaltung im österreichischem Rechte, nämlich wegen der Rückwirkung -, im Gegensatz zu § 158 BGB.

9) a.a.S.16 ff, zusammenfassend S.26 unten.

10) Hier tritt das Eigentum an die Stelle der Forderung, vgl.v.OHMEYER, aaO, S.20.

11) JHERING, Passive Wirkungen der Rechte, JherJb.Bd.10, S.387 ff.

Rechtes legt, zur Zeit bereits vollzogen ist und es nur noch an bestimmten weiteren Voraussetzungen mangelt, welche den Eintritt des Rechtes bedingen.

Beispiel: Der Anspruch auf Gewährleistung in dem bereits bestehenden Kaufvertrag, der erst existent wird, wenn die Tatsache der Entwehrung (§ 440 II) eingetreten ist.

e. "Werdende" Rechte: wenn die rechtskonstitutiven Tatsachen, auf denen das zukünftige Recht aufbaut, nicht gleichzeitig eintreten, sondern zeitlich auseinanderfallen.

Beispiel: Das Recht des fideikommissarischen Nacherheben vor dem Nacherbfall. [12)]

f. "Gehoffte" Rechte: wenn nicht einmal ein Zusammenhang mit einem gegenwärtigen Recht besteht.

Beispiel: Der gehoffte Anspruch auf Mietzins aus der Vermietung eines noch nicht bewohnten Hauses.

2. Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt interessiert vor allem die Rechtslage bei den "gehofften" Rechten, denn zur Zeit der Vereinbarung des Vorbehaltes ist das Schuldverhältnis zwischen dem Vorbehaltskäufer und dessen Abkäufer meistens noch nicht entstanden.

Nach gemeinem Recht waren künftige Forderungen, für die noch nicht einmal der Rechtsgrund gelegt war, abtretetbar.[13)] Dagegen verneinte diese Möglichkeit für das Gebiet des ALR der führende Kommentar von FÖRSTER-ECCIUS. [14)]

---

12) JHERING, aaO, S. 460, 522, 523.

13) WINDSCHEID-KIPP, Pandekten, 4.Aufl., § 225, Bem.6, § 335, Anm.12; RGZ Bd.8, S.193; OLGRspr. Bd.4, S.213; SÜSZ, Abtretung künftiger Ansprüche, Diss.Erlangen, 1910, S.11; BRANDES, Der Verlängerte EV, Diss.Göttingen, 1940, S, 56.

14) FÖRSTER-ECCIUS, Preußisches Privatrecht, 7.Aufl., Bd.I, S.640.

## § 3: Die Möglichkeit einer Verfügung über künftige Rechte nach dem BGB

I. Gleich nach der Einführung des BGB entstand über die Abtretbarkeit ein heftiger Streit. [15] ECCIUS [16] führte den Wortlaut des § 398 BGB an: Ein zukünftige Forderung sei noch keine Forderung, ein zukünftiger Gläubiger noch kein Gläubiger. Deshalb sei es doch sehr zweifelhaft, ob der § 398 BGB diesen Fall erfasse.

Von dem Begriff der Forderung und des Gläubigers aus kann man aber die Abtretbarkeit nicht verneinen. Mit Hilfe eines Brgiffes läßt sich nicht notwendig die Existenz eines Gegenstandes beweisen. Der Begriff von 100 wirklichen und 100 möglichen DM ist derselbe. Entscheidend ist nur, ob die Abtretung einer zukünftig entstehenden Forderung noch als Verfügung bezeichnet werden kann. Aus dem Wortlaut des § 398 ist unmittelbar nichts für oder gegen die Abtretbarkeit zu entnehmen. [17]

---

15) vor allem zwischen v.TUHR (DJZ 1904, S.427 und Allg.Teil, Bd.II, 1, S.387 ff) und ECCIUS (DJZ 1904, S.54, und Gruch.Bd.48, S.465, u. Bd.53, S.1 ff); im übrigen vgl.die Literaturangaben bei PLANCK-SIBER, § 398, Erl.4 b ß, und bei OERTMANN, Schuldrecht, § 399, 1 g. - Vgl.die grundlegende Entscheidung des RG in RGZ Bd.55, S.334 (Urt.v.29.9.1903), sowie Bd.66, S.166 und 167; seitdem stdg. Rechtspr.

16) in DZJ 1904, S.54.

17) Ebensowenig überzeugt die Argumentation: Nach § 398 seien grundsätzlich alle Forderungen übertragbar, es sei denn, ihre Unübertragbarkeit ergebe sich aus positiven Bestimmungen, vor allem aus den §§ 399, 400 (SÜSZ, a.a.O., S.22; ebenso OLG Braunschweig, SeuffArch.Bd.59, S.314). - Der Gesetzgeber des BGB wollte durch die Fassung des § 398 nur klarstellen, daß eine Mitteilung an den Schuldner für die Wirksamkeit der Abtretung nicht mehr erforderlich ist. -
Aus der Tatsache, daß sich aus den Kommissions- und Reichstagsprotokollen nichts für eine Änderung der HM des gemeinen Rechts ergibt, kann man nicht ohne weiteres schließen, der Gesetzgeber habe die HM des gemeinen Rechts teilen wollen, wie es das RG (in dem Urt.v.29.9.1903, RGZ Bd.55, S.334) angenommen hat. Dieser Schluß erscheint schon deshalb nicht zwingend,

II. Beispiele für die Verfügung über künftige Rechte erblickten einige Schriftsteller in

1. den §§ 437 Abs. 1, 308 Abs.1, [18] 312 Abs. 2 BGB[19]:
Nach § 437 Abs. 1 ist ein Kaufvertrag über eine nicht existente Forderung gültig; nach § 308 Abs. 1 ist ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag dann gültig, wenn die Unmöglichkeit behoben werden kannund der Vertrag für diesen Fall geschlossen ist; nach § 312 Abs. 2 können künftige gesetzliche Erben einen gültigen Vertrag über den gesetzlichen Erbteil schließen. Somit halte das BGB eine Abtretung künftiger Forderungen begrifflich für möglich.

Alle erwähnten Vorschriften jedoch vermögen nicht zu überzeugen, denn sie regeln nur obligatorische Verträge, durch die nicht unmittelbar auf das Recht eingewirkt wird. [20]

2. Eine andere Meinung versucht, zu einer Verfügung über künftige Forderungen über §§ 1113 II, 1204 II BGB zu gelangen. [21]Man kann nach diesen Vorschriften auch zukünftige Rechte durch Hypothek oder Pfand sichern. Pfandrechte und Hypotheken seien aber generell abtretbar, wobei das gesicherte Recht mit übergehe (§§ 1153, 1250). Deshalb sei hier ausdrücklich anerkannt, daß zukünftige Rechte, die durch Hypothek oder Pfand gesichert sind, abgetreten werden können. Mit Recht ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß mit dem eben

---

weil, wie bereits erwähnt, im preuß.Recht die HM gegen die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen eingestellt war (so richtig BARTH, Gruch.Bd.58, S.585). Eine Auslegung nur aus dem historischen Zusammenhang - auf die 4 verschiedenen Arten der Gesetzesauslegung hat SIEBERT, Die Methode der Gesetzesauslegung, - erläutert am § 34 des Nds.Arbeitsschutzgesetzes für Jugendliche, S.8ff, hingewiesen - vermag die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen nicht zu entscheiden.

18) HEUER in DJZ 03/28; ABRAHAMSON in DJZ 03, 344; OLG Hamburg in OLG 4/213.

19) STAUB in DJZ03/360.

20) OLG Braunschweig in SeuffArch.59/314; STRAUS in DJZ 03/342; SÜSZ, aaO, S.37/38.

21) LIPPMANN, DJZ 1904, S.256, 257, - auch § 765 Abs.2 gehört in diese Reihe. Ebenso wie LIPPMANN GRÜNEBAUM, DJZ 1905, S.801, jüngst so FLUME, NJW 1959, S.913 ff (916, r.Sp.).

ausgeführten Argument die Abtretbarkeit solcher Forderungen bejaht werden müßte, die nicht abtretbar sind, wie beispielsweise eine Forderung, die von den Parteien für unabtretbar erklärt wird, für die aber nachträglich eine Sicherung durch eine Hypothek bestellt wird.[22]

III. Weiter wird zur Begründung der Verfügung über künftige Rechte § 956 Abs.1 angeführt.[23] § 956 Abs.1 enthält die Gestattung, sich Erzeugnisse anzueignen. Über das Wesen dieser Gestattung bestehen verschiedene Meinungen.

Die Übertragungstheorie[24] betrachtet § 956 Abs.1 Satz 1 als einen Sonderfall der Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen. Das Eigentum kann aber nach § 929 ff nur übergehen durch Einigung und Übergabe. Die Einigung soll bei der "Gestattung" in dem Überlassen des Besitzes an der Muttersache als Angebot und in der Fortsetzung der Innehabung zur Zeit der Trennung als Annahme liegen.[25] Zum Teil sieht man auch die Annahme der Traditionsofferte in der Trennung der Früchte.[26]

Mit Recht haben diese überwiegend von der Lehre vertretene Ansicht nicht alle Schriftsteller geteilt. Wie kann auch die tatsächliche fortdauernde Innehabung einer Sache als Willenserklärung angesehen werden?[27] Wie will man gar bei Trennung durch Diebe oder durch Sturm den Eigentumserwerb erklären?[28]

---

22) BARTH, a.a.O., S. 589
23) v. TUHR, DJZ 1904, S. 427.
24) HM, vgl. Mot. Bd. III, S. 368; RGZ 78,35 (36); STAUD.-BERG zu § 956, Bem.8; PLANCK-BRODMANN § 956,2-a-ß.
25) RGZ 78,35 (36).
26) BIERMANN, Sachenrecht, 3.Aufl., § 956, 1 d.
27) so fragt WESTERMANN, Sachenrecht § 57-III-2-b, S. 273
28) vgl. BARTH a.a.O. S. 596.

Einige Autoren variieren die Übertragungstheorie und sehen in dem § 956 Abs.1 Satz 1 BGB eine durch Vertrag mit Hinzutreten einiger anderer Momente (Überlassung des Besitzes an der Hauptsache) getroffene Verfügung über die künftig entstehenden Erzeugnisse [29]. BECK [30] hält den § 956 Abs. 1 Satz 1 sogar für einen Schulfall der Übertragung künftiger Sachen.

Gegen diese Auffassung sind jedoch die gleichen Bedenken geltend zu machen, wie gegenüber der reinen Übertragungstheorie. Dabei ist WESTERMANN [31] beizupflichten, der zwar iron isch, aber doch zutreffend meint, es gehöre "schon ein erhebliches Stück 'juristischer Konstruktionsbegabung' " dazu, um in dem Mähen des Getreides durch die Leute des Pächters die Vollendung einer Übergabe seitens des Verpächters zu sehen, wenn der Verpächter die Gegenstände nie gesehen habe. Demgegenüber betrachtet die Aneignungstheorie [32] § 956 Abs. 1 Satz 2 nicht als einen Spezialfall zu § 929, sondern als originären Erwerbsgrund zwischen "Verbindung" und "Aneignung". Nach ihr ist die Erwerbsgestattung eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die zur Entstehung eines Erwerbsrechtes führt. [33] Vollendet ist die Gestattung mit Zugang der Erklärung. [34] Die letzte Theorie hat den Vorzug der Einfachheit und berücksichtigt die systematische Stellung des § 956 im Gesetz. Nur sie wird dem Wesen des § 956 gerecht. Ihr ist deshalb zuzustimmen.

---

29) SÜSZ, S.18, 19; PLANCK-GREIFF, 3.Aufl. § 956,4; BIERMANN, für den Fall der Besitzübertragung, § 956,3.

30) Sachenrecht, § 63, Bem.5.

31) WESTERMANN, aaO. § 57-III-2-b. S. 273.

32) v. BLUME, JherJb.Bd.39, S.433 ff(435); J.v.GIERKE, Sachenrecht, § 33 IV 1b; BARTH aaO, S.595; WESTERMANN aaO, S.273.

33) im einzelnen bestehen Meinungsverschiedenheiten. Hierzu vgl. WESTERMANN, aaO; WOLFF-RAISER, Sachenrecht, § 77 IV 4; STAUD.-BERG, § 956,3; PLANCK-BRODMANN, § 956,2.

34) so WESTERMANN, aaO, § 57 III 2 c.

Jedoch liegt in der Erwerbsgestattung keine Verfügung über künftige Rechte d.h., über das künftig an den Erzeugnissen entstehende Eigentum. Von einer Verfügung über "gehoffte" Rechte kann man nicht sprechen, denn hier ist bereits die Muttersache vorhanden. Es handelt sich im Sinne der von OHMEYERschen Terminologie höchstens um "werdende" Rechte. Aber § 956 Abs.1 Satz 1 läßt sich auch nicht als Beispiel für eine Verfügung über "werdende" Rechte anführen: Als Vergleich mit § 956 Abs. 1 Satz 1 möge die Bestellung eines Nießbrauchs dienen. Der Nießbraucher erwirbt das Eigentum an den Erzeugnissen der Sache nach § 954. Niemand wird aber in der Bestellung eines Nießbrauchs eine Verfügung über künftige Rechte sehen, sondern eine Verfügung über die Muttersache. Es ist dies die gleiche Rechtslage, wie wenn das Eigentum an der Sache selbst übertragen wird. Auch dann erwirbt der neue Eigentümer das Eigentum an den Früchten: nicht durch Verfügung über zukünftige Rechte, sondern über das gegenwärtige Eigentum. [35] Somit vermag der § 956 Abs. 1 Satz 1 nicht die Übertragbarkeit künftiger Ansprüche zu beweisen. Ebensowenig kann man die Abtretbarkeit künftiger Forderungen aus den in den § 573, 574, 1124 BGB, 21 II KO angeführten Verfügungen über noch nicht fällige Mietzinsen entnehmen. [36] Mit Recht weist BARTH [37] darauf hin, daß das Mietverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist und der Anspruch auf "künftige" Mietzinsen ein bereits nach § 535 BGB entstandenes, gegenwärtiges Recht darstellt, dessen Fälligkeit von der Gegenleistung, der in der Zukunft liegenden Gebrauchsüberlassung, abhängt.

Auch bei der Abtretung eines nach § 717, S. 2 BGB gestatteten Anspruchs auf künftigen Gewinn des Gesellschafters handelt es sich um die Zession eines bereits entstandenen, jedoch noch nicht fälligen Anspruchs [38].

---

35) vgl. BARTH, aaO, S.593.

36) so aber heute wieder ARNDT, DRiZ 1954, S. 233, r.Sp.u.; früher u.a. GRÜNEBAUM, DJZ 1905, S.801.

37) Gruch.Bd. 58, S. 599.

38) so RGZ Bd.60, S. 126 ff (130) LG Frankfurt, NJW 1955, S. 268; SOERGEL-ERDSIEK, § 717,1; PALANDT-GRAMM, § 717,2c; Norbert O.FISCHER, a.a.O. S.23.

Das gleiche gilt für den bei SÜSZ [39] angeführten § 891 Abs.1 HGB. Diese Vorschrift besagt, der Versicherte sei befugt, nicht nur die aus einem eingetretenen Unfall ihm zustehenden, sondern auch die künftigen Entscheidungsansprüche einem Dritten abzutreten. Mit Recht wird von dem Schrifftum [40] angeführt, es handele sich hier um einen Anspruch, der dem Grunde nach bereits mit dem Abschluß des Versicherungsvertrages entstehe und nur in der Geltendmachung durch den Eintritt des Schadens bedingt sei.

Die neben den genannten Vorschriften zur Begründung der Abtretbarkeit herangezogenen §§ 276 II, 278, S.2, 1614, 1714 BGB [41] vermögen ebenfalls die Zessibilität künftiger Forderungen nicht zu begründen.

IV. Die heutige Lehre begründet ihre Ansicht im Anschluß an v. TUHR hauptsächlich mit einer Analogie zu § 185 II 1, 2.Fall BGB [42]. Nach § 185 II kann man auch als Nichtberechtigter über eine fremde Sache verfügen. Die Verfügung eines Nichtberechtigten über einen fremden Gegenstand müsse aber gleichgesetzt werden mit der Verfügung eines noch nicht Berechtigten, denn jede Verfügung über ein gegenwärtiges fremdes Recht sei in Wahrheit eine Verfügung über ein zukünftiges eigenes Recht und konvalesziere mit dem Erwerb des Rechtes. [43]
v. CAEMMERER [44] meint, diese Begründung mit § 185 Abs. 2 sei "kaum noch überzeugend". Die Konvaleszenz von Verfügungen über fremde Rechte sei ein anderes Problem als die Frage, ob man Dispositionen über künftigen Erwerb zulassen solle. Zur Frage einer Anwendung des § 185 Abs. 2 ist folgendes zu bemerken:

---

39) a.a.O. S. 31
40) BARTH, Gruch. Bd. 58, S. 604.
41) im einzelnen dazu BARTH, a.a.O. S. 588 ff.
42) ENN.-LEHMANN, Schuldrecht, § 78 III 3; LARENZ, Schuldrecht, § 30 II 4; ebenso die Rspr.; so das RG noch in Bd. 149, S, 22.
43) v. TUHR, DJZ 04, 427.
44) in JZ 53, 97 (98); ebenso BDI, Drucksache Nr. 22, S. 14

1. Bevor auf die Analogie näher eingegangen wird, muß geprüft werden, ob § 185 Abs. 2, Satz 1 nicht unmittelbar zur Anwendung kommt. Zunächst kann man allgemein formal vorgehen und sagen, daß § 185 Abs. 2 immer einen Berechtigten und einen Nichtberechtigten voraussetze. Bei der Abtretung künftiger Forderungen dagegen sei weder ein Gläubiger noch ein Nichtgläubiger vorhanden, denn ein Nichtgläubiger verlange immer auch die Existenz eines Gläubigers.

Dem ist entgegenzuhalten, daß es etwa bei herrenlosen Sachen auch Nichteigentümer an Sachen gibt, ohne daß ein anderer Eigentümer sein muß. Freilich sind herrenlose Forderungen nicht bekannt. Insoweit ist doch ein Unterschied vorhanden. Bei der Entstehung von Forderungen kann man nicht den zukünftigen Gläubiger bis zur Entstehung als Nichtberechtigten und danach als Berechtigten bezeichnen. Er wird vielmehr sofort Berechtigter. Anders formuliert: Die Frage nach der Berechtigung oder Nichtberechtigung zur Verfügung über ein Recht kann sinnvollerweise erst dann gestellt werden, wenn das Recht überhaupt entstanden ist. § 185 II 1 ist deshalb nicht unmittelbar anzuwenden.

Somit kann festgestellt werden, daß das Gesetz keinen ausdrücklichen Fall der Verfügung über künftig entstehende Forderungen enthält. Nunmehr ist der Weg frei für die analoge Anwendung des § 185 II 1.

2. Analogie "ist nichts anderes als ein Weiterdenken des Gesetzeswillens auf Fälle, die vom Gesetzeswortlaut nicht mitumfaßt werden". [45] "Die Berechtigung eines bestimmten Anaologieschlusses hängt aber davon ab, daß sich die Fälle nur in (für diese Vorschrift) unwesentlichen Beziehungen unterscheiden." [46]

---

45) LEHMANN, Allg.Teil, § 8 III 2; nach WESTERMANN, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung. S.30, Anm.39 bedeutet Analogie, "die Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee mit der Rechtsfolgeanordnung auf einen anderen Tatbestand übertragen, der dem gesetzlichen in den entscheidenden Bewertungsmerkmalen gleicht".

46) ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 58-II-3 (S.210 u.).

Daraus ergibt sich die Aufgabe, zunächst das Wesentliche und das Unwesentliche des § 185 II herauszuarbeiten und dann zu klären, ob sich unter diese Grundgedanken auch die Verfügung über künftige Rechte einordnen läßt.

Abzulehnen ist die These,[47] § 185 Abs. 2 BGB regele nur Fälle, in denen der Verfügende sich als Rechtsinhaber ausgebe, in denen also der Partner ihn für den Inhaber des Rechtes halte. Nach ganz herrschender Meinung[48] findet § 185 Abs. 2 BGB ebenso Anwendung, wenn jemand sich für ermächtigt ausgibt, über ein fremdes Recht zu verfügen, oder wenn er darüber verfügt und offen erklärt, er sei nicht Inhaber des Rechtes bzw. ermächtigt zu verfügen. Man kann § 185 Abs. 2 BGB nicht als Gutglaubens-Vorschrift ansehen. Eine solche Interpretation würde dem § 185 Abs. 2 BGB nicht einmal in den ihm vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen gerecht werden.

Wesentlich für § 185 Abs. 2 BGB ist vielmehr eine nicht vollwirksame Verfügung, die aber später wirksam werden kann. Das zeigt eine Betrachtung der in § 185 BGB enthaltenen Interessen.

§ 185 BGB regelt das Verhältnis des Interesses des Eerwerbers eines Rechtes (Erwerbsinteresse) zum Interesse desjenigen, über dessen Recht verfügt worden ist, an der Erhaltung seiner Rechtsposition (Erhaltungsinteresse) und zum Interesse der Allgemeinheit an einer Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen für die Veränderung der Rechtslage.

Wenn ein Nichtberechtigter über ein fremdes Recht verfügt, so läßt der Gesetzgeber das Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern vermindert wirksam sein. Ein öffentliches Interesse an der Nichtigkeit des Geschäftes ist damit nicht mehr vorhanden, wenn eine Verfügung vorliegt.

Nicht etwa kann wegen mangelnder Publizität der Sicherung die Vorausverfügung für unzulässig angesehen werden. Bei Forderungen wurde das

---

47) so Norbert O. FISCHER, a.a.O., S.26.

48) beispielsweise so PALANDT-DANCKELMANN § 185, 1, wo nur auf den Begriff der Verfügung abgestellt wird.

Publizitätsprinzip in dem Augenblick eingeschränkt, als der Gesetzgeber des BGB eine Übertragung der Forderung ohne Anzeige an den Schuldner für zulässig erklärte. Vorausverfügungen führen darüber hinaus nur zu keiner stärkeren Beeinträchtigung des Publizitätsgedankens, als es bei der Übertragung bereits vorhandener Gegenstände der Fall ist.

Abzuwägen sind jetzt noch das Interesse des Rechtsinhabers (bzw. bei den §§ 108 ff BGB desjenigen, der anstelle des Rechtsinhabers die nötige Einsicht in die Bedeutung des Rechtes hat) an der Erhaltung des Rechtes und des Interesses des Erwerbers an dem Erwerb des Gegenstandes.

Nach dem BGB vermag bei den Rechtsgeschäften in einigen Fällen das Erwerbsinteresse das Erhaltungsinteresse zu überwinden: etwa bei den §§ 932 ff BGB und den §§ 892 ff BGB. Daß der Gesetzgeber damit keine abschließende Regelung getroffen hat, zeigt § 185 BGB. Nach dieser Vorschrift verdient das Erwerbsinteresse dann den Vorrang, wenn auf das Erhaltungsinteresse seitens des Berechtigten verzichtet wird (wie bei der Einwilligung und der Genehmigung) oder wenn auf Seiten des Berechtigten eine Bindung besteht (wie bei der unbeschränkten Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten) oder wenn der Verfügende der Berechtigte wird. Im letzteren Fall will der Gesetzgeber ein Abgehen von dem einmal gegebenen Wort nicht gestatten.

Eine Analogie zu § 185 BGB wird dann zu bejahen sein, wenn

a. eine Verfügung über künftige Rechte überhaupt denkbar und nicht ein Widerspruch in sich ist (Beachtung des logischen Interesses. [49])

---

49) Gerade Eccius (DJZ 1904, S.54) hielt die Verfügung über künftige Rechte für einen Widerspruch: Es gehöre zum Wesen einer wirksamen Verfügung, daß der Gegenstand, auf den die Verfügung einwirken solle, zur Zeit der Verfügung existiere, daß somit die durch die Verfügung gewollte Rechtsänderung im Augenblick der Verfügung möglich sei.
Der gleichen Ansicht waren: STRAUS, DJZ 1903, S. 342; BARTH, Gruch. Bd.58, S. 609 ff; jetzt so Norbert O. FISCHER a.a.O., S. 29 f.

b. eine Verfügung über künftige Rechte überhaupt wirksam werden kann (Beachtung des Interesses der Allgemeinheit) und

c. wenn bei der Verfügung über künftige Rechte ebenfalls das Erwerbsinteresse gegenüber dem Beharrungsinteresse den Vorzug verdient (Beachtung des Erwerbsinteresses).

a) In zweifacher Hinsicht ergeben sich Bedenken aus dem Begriff der Verfügung: Man spricht nur dann von einer Verfügung, wenn ein bestehendes Recht unmittelbar verändert wird, sei es in seiner Zuständigkeit oder in seinem Rechtsinhalt. Problematisch für die Untersuchung sind demnach:

aa. die Formulierung "bestehendes Recht" [50] und

bb. die Fassung "unmittelbar".

Zu aa:

Ein bestehendes Recht kann bei der Verfügung über künftige Recht nicht sofort geändert werden. Es liegt deshalb nahe zu sagen, eine Verfügung über künftige Rechte sei in Wahrheit eine nur künftige Verfügung.

Dagegen kann nicht eingewendet werden, die Verfügung über künftige Rechte sei in eine Verfügung über ein bereits bestehendes Anwartschaftsrecht umzudeuten. Bei der Abtretung künftig entstehender Forderungen ist noch kein Anwartschaftsrecht auf den Erwerb dieser Forderungen vorhanden gewesen, das übertragen werden könnte. [51] Nach WESTERMANN [52] müssen von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechtes "schon so viele Erfordernisse vorhanden sein, daß von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der Veräußerer nicht mehr durch eine einseitige Erklärung zu zerstören vermag." Das ist aber bei der Vorausabtretung künftiger Forderungen nicht der Fall. Der Gläubiger weiß meistens nicht, wer sein zukünftiger Schuldner sein wird. Wollte man hier bereits ein Anwartschaftsrecht

50) LEHMANN, a.a.O., § 15 II 1.

51) vgl. die Entscheidung des BGH in NJW 1955, S.544 = BB 1955, S.202; a.A. ARNDT, DRiZ 1954, S.234.

52) WESTERMANN, a.a.O., § 5 III 3 a (S.31); vgl. auch v.TUHR, Allg. Teil I, 1, S. 180 ff.

annehmen, so wäre dieser Begriff entwertet und für das Recht unbrauchbar geworden.

Um auch zukünftige Rechte als verfügungsfähig anzuerkennen, ist entweder der Begriff der Verfügung weiter zu fassen und als Verfügung ein Rechtsgeschäft anzusehen, durch das ein bereits entstandenes Recht oder aber ein zukünftig entstehendes Recht im Zeitpunkt seines Entstehens unmittelbar verändert, aufgehoben, belastet oder übertragen wird, - oder aber man bleibt bei dem herrschenden Begriff der Verfügung. Dann kann es begrifflich-logisch keine Verfügung über künftige Rechte geben, wenn man für den Tatbestand der Verfügung ein bereits entstandenes Recht verlangt, denn die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft. Solange aber nicht alle tatbestandlichen Voraussetzungen eines Rechtsgeschäftes erfüllt sind, liegt ein Rechtsgeschäft nicht vor. [53] Es stellt sich damit die Frage, ob die Existenz eines Rechtes zum Tatbestand der Verfügung gehört:

Der Begriff Tatbestand ist von der Strafrechtswissenschaft geschaffen (Tatbestand des Verbrechens), aber von der Privatrechtslehre übernommen. [54]

Unter dem Tatbestand versteht die Lehre im Zivilrecht die Gesamtheit der Erfordernisse, an welche die Rechtsordnung eine Rechtswirkung knüpft. Die Rechtswirkung kann in der Entstehung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtes bestehen. Tatbestand und Rechtswirkung verhalten sich also wie Grund und Folge. Im Strafrecht gibt es nun gewisse Bedingungen, die nicht zum Tatbestand gehören, weil sie nicht den Grund der Strafbarkeit bilden, sondern zur Straftat nur als äußere, von ihr unabhängige Umstände hinzutreten, die sog. objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, [55]

---

53) LEHMANN, Allg. Teil, § 27 II 1 (S. 123).

54) ENN.-NIPPERDEY, a.a.O., 14.Bearb. § 136 (S.571); vgl. diese Schriftsteller auch zu den folgenden Ausführungen.

55) So die HM im Strafrecht, bspw. WELZEL, Dtsch.Strafrecht, 6.Aufl., S.53; a.A. BEMMANN, "Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit", 1957, S.52 ff, der die Existenz solcher Bedingungen ablehnt. Eine Auseinandersetzung mit BEMMANNs Auffassung würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten. Objektive Bedin-

beispielsweise etwa die schwere Körperverletzung in § 227 Abs. 1 StGB. Ebenso muß auch das Privatrecht diejenigen Erfordernisse ausscheiden, welche die Rechtsordnung nicht als den Grund der Rechtswirkung betrachtet. Bei ihnen handelt es sich nur um Bedingungen, unter denen der Tatbestand die ihm zukommende Wirkung hervorruft. Sie werden deshalb als Wirkungsvoraussetzungen bezeichnet.[56]

Die scharfe Trennung zwischen dem Tatbestandsmerkmal und der Wirksamkeitsvoraussetzung verwischen diejenigen Schriftsteller, welche das Entstehen der Forderung deshalb als Tatbestandsmerkmal ansehen, weil die Existenz eine conditio iuris für die volle Wirksamkeit der Verfügung ist.[57] Es kommt somit darauf an, ob das Bestehen der Forderung ein Tatbestandsmerkmal oder eine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt.

Teilweise[58] wird die Existenz der Forderung etwa mit folgender Argumentation als Tatbestandsmerkmal angesehen:

Bei einer Übereignung beweglicher Sachen nach § 929 S. 1 BGB und der Übereignung von Grundstücken nach §§ 873, 925 BGB werde u.a. die Einigung über den Eigentumsübergang und die Übergabe der beweglichen Sache bzw. die Eintragung im Grundbuch verlangt. Die bewegliche Sache und das Grundstück müßten aber bereits vorhanden sein, sonst könnten sie nicht übertragen werden. Gegenstand der Verfügung sei immer ein Recht. Aus diesem Grunde könne kein Unterschied zwischen der Übertragung von Sachen und von Rechten bestehen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Grund für den Eigentumsübergang an beweglichen Sachen nach § 929 S. 1 BGB die Einigung und die Über-

---

gungen der Strafbarkeit können nur von einem konsequenten Schuldstrafrecht aus geleugnet werden. Da es sich insoweit um eine typische Eigenart des Strafrechts handelt, hätte eine derartige Begründung keine unmittelbaren Rückwirkungen auf das Zivilrecht.

56) ENN.-NIPPERDEY, a.a.O.

57) BARTH, Gruch. Bd.58 S.610; ECCIUS, DJZ 1904, S.54 u.Gruch. Bd. 53, S.3; OERTMANN, Rechtsbedingung, S.183, 184; Norbert O.FISCHER, a.a.O., S.22.

58) Norbert O. FISCHER, a.a.O. S. 30.

eignung von Grundstücken die Auflassung und die Eintragung im Grundbuch ist. Für die Abtretung aber ist der Grund für die Rechtswirkung die Einigung über den Forderungsübergang. Wenn eine Verfügung über eine künftige Sache nach § 929 S. 1 BGB nicht möglich ist, so liegt es daran, daß eine künftige Sache nicht übergeben werden kann, wie es der Gesetzgeber nach dieser Vorschrift voraussetzt.[59] Hieraus folgt, daß zum Tatbestand der Verfügung nicht der Bestand eines Rechtes gehört.[60] Die Existenz der Forderung ist nicht der Grund für die Rechtswirkung, sie ist nur eine Wirksamkeitsvoraussetzung.

zu bb.

Eine Verfügung über künftige Rechte ist trotz allem abzulehnen, wenn die "unmittelbar" zu erfolgende Rechtsänderung "sofort" bedeutet. "Sofort" tritt ja gerade bei der Verfügung über künftige Rechte gar keine Rechtsänderung ein, da noch kein Recht vorhanden ist. Das Wort "unmittelbar" hat aber auch im Sprachgebrauch des täglichen Lebens nicht nur die Bedeutung von "sofort", sondern steht im Gegensatz zu "mittelbar". So heißt "Ich gehe unmittelbar zu A" - "Ich gehe nicht vorher noch zu B". "Unmittelbar" in dem Anspruch aus § 812 I 1 bedeutet: Ein- und derselbe Umstand bewirkt die Ent- und die Bereicherung.[61]

Um das Wort "unmittelbar" als Erfordernis der Verfügung richtig zu deuten, erscheint zweckmäßig, von dem Gegensatz der Verfügungsgeschäfte, von den Verpflichtungsgeschäften auszugehen.[63] Auch Verpflichtungsgeschäfte können auf Rechtsänderungen gerichtet sein,

---

59) vgl. RGZ Bd. 67, S. 166.

60) das RG, a.a.O. - im Ergebnis ebenso FLUME, NJW 1959, S.916, r. Sp., der allerdings nur von dem Rechtsakt der Eigentumsübertragung und dem der Abtretung spricht, ohne das entscheidende Kriterium des Unterschiedes zwischen Tatbestandsmerkmal und Wirksamkeitsvoraussetzung hervorzuheben.

61) PALANDT-GRAMM, § 812,4 B a.

62) Enn.-NIPPERDEY, a.a.O., § 143 II 2.

aber die Änderungen treten erst durch ein neues Rechtsgeschäft unter den Parteien, also nur "mittelbar", ein. Dann kann "unmittelbar" nur den Sinn haben, daß zu einer Rechtsänderung ein neues Rechtsgeschäft unter den Parteien nicht mehr erforderlich ist. Das in diesem Sinne ausgelegte "unmittelbar" wird auch der Abtretung von künftigen Forderungen gerecht, da hier der volle Tatbestand der Abtretung bereits vorgenommen werden kann, es also mangels eines fehlenden Tatbestandelementes keines neuen Rechtsgeschäftes bedarf. Als weiteres Teil-Ergebnis läßt sich feststellen: Eine Verfügung über künftige Forderungen ist kein Widerspruch in sich.

b) Wesentlich für die analoge Anwendung des § 185 II 1 ist - wie oben dargelegt wurde - zudem, ob eine Verfügung über künftige Rechte auch wirksam werden kann.

Nach § 185 II vermag die Verfügung eines Nichtberechtigten Wirksamkeit zu erlangen. Dies setzt aber voraus, daß die Verfügung nicht schon an sich nichtig ist, da eine nichtige Verfügung nicht geheilt werden kann. Die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes nach § 141 bildet hiervon keine Ausnahme, denn sie ist nur die Neuvornahme eines Rechtsgeschäftes.[63] Die Verfügung muß also schon gewisse Rechtswirkungen erzeugt haben. Wenn ein Nichtberechtigter über die bereits vorhandene fremde Sache verfügt, so besteht nach HM kein Zweifel, daß bei dem von § 185 II erfaßten Normalfall eine schwebende Unwirksamkeit eintritt.[64] Fraglich ist, ob eine schwebende Unwirksamkeit auch gegeben ist, wenn das Recht noch gar nicht entstanden ist.

Beispiele für die schwebende Unwirksamkeit finden wir im Gesetz in den §§ 108 ff bei den Rechtsgeschäften beschränkt Geschäftsfähiger, ferner beim Handeln seitens vollmachtloser Vertreter (§§ 177 ff). Die schwebende Unwirksamkeit tritt demnach nicht nur bei der Verfügung eines Nichtberechtigten auf. Vielmehr ist sie überall dort zu finden, wo eine Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt.

---

63) Eine Ausnahme zur schwebenden Unwirksamkeit bildet die Heilung eines formnichtigen Kaufvertrages über ein Grundstück nach § 313, S. 2. Dies ist wegen § 125 ein Fall der Heilung eines nichtigen Geschäftes (vgl. PALANDT-DANCKELMANN, § 313, 13).

64) PALANDT-DANCKELMANN § 184, 1, u. § 185, 1.

In unserem Fall mangelt es an der Wirksamkeitsvoraussetzung des vorhandenen Rechtes. Vierfache Rechtsfolgen könnten nun eintreten: Die Verfügung ist ein Nicht-Rechtsgeschäft, sie ist nichtig, voll wirksam od er schwebend unwirksam. Ein Nicht-Rechtsgeschäft ist aber die Verfügung über künftige Rechte nicht, weil die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Nichtigkeit kommt ebenfalls nicht in Betracht, denn die Nichtigkeitsgründe sind im Gesetz erschöpfend aufgezählt, ohne daß die Verfügung über künftige Rechte darunterfällt. Voll wirksam kann die Verfügung nicht sein, weil eine Wirksamkeitsvoraussetzung fehlt. Es bleibt also nur die schwebende Unwirksamkeit übrig. Eine Verfügung über künftige Rechte kann somit wirksam werden.

Damit ist neben dem Begriff der Verfügung auch dem zweiten wesentlichen Merkmal des § 185 II, der schwebenden Unwirksamkeit, Genüge getan. Die Verfügung über künftige Rechte widerspricht nicht dem Grundcharakter des § 185 II 1.

c) Der analoge Obersatz zu § 185 II 1 und zur Verfügung über künftige Rechte lautet: § 185 II 1 verlangt als essentiale eine schwebend unwirksame Verfügung. Die schwebende Unwirksamkeit tritt ein, wenn der Tatbestand vollständig erfüllt ist, es aber an Wirksamkeitsvoraussetzungen fehlt.

Der vom Gesetz geregelte Fall der Verfügung eines Nichtberechtigten über ein bestehendes Recht verlangt den vollen Tatbestand der Verfügung, - für die Übertragung von Forderungen Einigung über den Forderungsübergang. Es fehlt nur die Wirksamkeitsvoraussetzung der Genehmigung des Berechtigten, der gleichzustellen ist der Erwerb des fremden Rechtes seitens des Verfügenden (§ 185 II 1).

Bei der Verfügung über künftige Rechte ist ebenfalls der Tatbestand der Verfügung erfüllt, - z.B. beim verlängerten Eigentumsvorbehalt gerade die Einigung über den Übergang der künftig entstehenden Forderungen. Es schadet auch hier nicht, wenn die Wirksamkeitsvoraussetzung, nämlich das Entstehen der abzutretenden Forderung, noch nicht vorhanden ist.

Indem der Zedent über die künftige Forderung verfügt, erklärt er, daß er das Erwerbsinteresse des Zessionars bevorzugen will. Auch hier liegt also ein Fall vor, in dem das Erwerbsinteresse gegenüber dem Erhaltungsinteresse überwiegt.

Gegen einen Analogieschluß sind von einem Teil des älteren Schrifttums [65] Bedenken geltend gemacht worden. Die beiden Fälle, die man einer analogen Behandlung unterwerfen wollte, müßten gemeinsame Voraussetzungen haben. Es müsse sich um zwei nebengeordnete Begriffe handeln.[66] Die beiden Begriffe 'Verfügung über ein nicht zustehendes Recht' und 'Verfügung über ein Nichtrecht' hätten jedoch als einziges Merkmal die rein negative Tatsache gemeinsan, daß der Verfügende nicht Inhaber des Rechtes sei. Im übrigen jedoch würden sich beide Fälle grundsätzlich unterscheiden. Die Existenz eines Rechtes sei ein höherer, allgemeinerer Begriff als die Zuständigkeit des Rechtes, um die es sich in § 185 Abs. 2 BGB handele.

Diese Beweisführung ist zwar nicht unlogisch, sie vermag jedoch nicht zu überzeugen. § 185 BGB ist so zu interpretieren, daß er 'einen möglichst hohen Lebenswert' entfaltet. [67] Das Recht ist nur ein Teil der Gesamtkultur, somit ist die Gesetzesvorschrift im Zweifel so auszulegen, daß sie den 'Anforderungen unseres Gesellschaftslebens und der Entwicklung unserer gesamten Kultur möglichst gerecht wird'.[68] Das so zu interpretierende Wesen des § 185 II BGB besteht aber nicht in einer Regelung der Zuständigkeit. Vielmehr gehört zur Substanz des § 185 BGB, wie oben [69] dargelegt wurde, nur, daß kein nullum bei einer Verfügung vorliegt, sondern eine schwebende Wirksamkeit gegeben ist. Allein die Auslegung wird der in der Vorschrift zum Ausdruck gekommenen Interessenlage gerecht. Als weiteres Argument gegen die

---

65) BARTH, Gruch. Bd. 58, S. 611; BERGK, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte, Diss. Halle 1912, S.81 ff(82); ECCIUS, Gruch. Bd. 48, S.467, und Bd.53, S.5; v.OHMEYER, a.a.O., S.23 ff; neuerdings Norbert O.FISCHER, a.a.O.S.26/27.

66) ENN.-NIPPERDEY, a.a.O., § 58 II 1a.

67) H. LEHMANN, Allg.Teil, § 8 II 3 b; SIEBERT, Methode der Gesetzesauslegung, S.9.

68) ENN.-NIPPERDEY, Allg.Teil, § 56 III (S.206).

69) siehe S.17 f; - für Ablehnung der Ansicht von Norbert O.FISCHER, jedoch mit anderer Begründung, FLUME, NJW 1959, S.916, Anm.14.

analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB ist die Rechtslage bei der Pfändung einer zukünftig entstehenden Forderung angeführt worden.[70] Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Lehre verlangen, daß eine rechtliche Beziehung zwischen dem Schuldner und dem Drittschuldner bereits gegeben sein muß.[71] STEIN ist der Ansicht, die Pfändung zukünftiger Forderungen sei ein zulässiger bedingter Staatsakt. Dieses Argument hat aber schon das Reichsgericht zurückgewiesen: die Pfändung erfolge bedingungslos, nur der Inhalt, also das Pfändungspfandrecht, sei bedingt. Das Reichsgericht begründet seine abweichende Ansicht mit der nach § 829 Abs. 3 ZPO notwendigen Kenntnis des Drittschuldners. Dazu sei bereits eine Rechtsbeziehung erforderlich. Ausführlicher ist die Begründung des OLG Kassel[72]. Durch die Zulässigkeit solcher Pfändungen würde vielfach überhaupt die Entstehung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Schuldner und dem Drittschuldner verhindert werden.

FLUME[73] meint, eine Zwangsvollstreckung in künftige Forderungen sei sittlich fragwürdig, weil der Vermögenserwerb in der Regel von einer Handlung des Schuldners abhängig sei und dieser bei einer Pfändung künftigen Erwerbs zur Vollstreckungsvereitelung geradezu angereizt würde.

Diese Einwände sind nicht stichhaltig. Die gleiche Diskriminierung ist gegeben, wenn noch nicht fällige Forderungen aus einem bestehenden

---

70) v. CAEMMERER, JZ 1953, S.98; Bundesv.d.dtsch.Industrie, Drucks. Nr.22, S.14; Norber O.FISCHER, NJW 1959, S.366 ff (367), r.Sp.

71) vgl. RGZ Bd. 134, S.227; 135, S.140 ff; PALANDT-DANCKELMANN § 398, 3 d; STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, Komm.zur ZPO, 18.Aufl., § 829, I 1a; ROSENBERG, Zivilprozeßrecht, 6.Aufl., §192 I 2a; LENT, Zwangsvollstreckung und Konkursrecht, 7.Aufl., § 19 II(S.55); a.A.: v.TUHR, DJZ 1904, S.431; HELLWIG-OERTMANN, System des dtsch.Zivilprozeßrechts, 2.Teil, 1919, § 324, 6a; HEUER, DJZ 1903, S.29; GESZLER-HEFERMEHL, HGB-Komm., 2.Aufl., II.Bd., § 35, Anm.11; ZÖLLER, ZPO-Komm., 9.Aufl., 1958, 1b; BAUMBACH-LAUTERBACH, ZPO-Komm., 24.Aufl. § 829, 1A.

72) OLG Kassel in HRR 37, S.599.

73) NJW 59, S. 916 r. Sp.

Rechtsverhältnis, so etwa aus einem Dienstvertrag, gepfändet werden. Wenn man die Abtretung zukünftig entstehender Forderungen zuläßt, so sollte man auch deren Pfändbarkeit gestatten, sofern die Person des zukünftigen Drittschuldners bekannt und die Forderung sowie das Rechtsverhältnis inhaltlich bestimmt sind. Im Anschluß an v. TUHR und OERTMANN ist die Pfändbarkeit künftiger Forderungen in diesen Grenzen zu bejahen.

3. Neben diesen rechtlichen Erwägungen ist vor allem aus wirtschaftlichen Gründen die Verfügung über künftige Rechte zuzulassen. Wenn das Erwerbsinteresse gefördert wird, so ist - wie bei den §§ 932 ff BGB - der Erwerber leichter geneigt, Geschäfte abzuschließen, für ihn hat sich wegen der erhöhten Sicherheit durch Vorausabtretungen das wirtschaftliche Risiko gemindert. Daß ein Bedürfnis bestand, Kreditgeschäfte zu fördern, indem man die Sicherheiten erhöhte, läßt ein Blick auf die Wirtschaftslage Deutschlands nach den beiden Weltkriegen erkennen. Die klassischen Sicherungsformen wie Hypotheken und Bürgschaften waren weitgehend bedeutungslos geworden. Zwei Inflationen hatten die Vermögenssubstanz Deutschlands aufgezehrt. So war es erforderlich, neue Sicherungsformen zu finden.

Gegen die Anerkennung des verlängerten Eigentumsvorbehalts als einer Form der Vorausverfügung kann nicht vorgebracht werden, in den Zeiten nach der Währungsreform möge der verlängerte Eigentumsvorbehalt seine Berechtigung gehabt haben, jetzt aber sei für ihn kein wirtschaftliches Bedürfnis mehr vorhanden, da die Banken liquide seien und jeden vertretbaren Kredit gewähren würden.[74]

Schwankungen in der Wirtschaftslage Deutschlands berechtigen nicht, Rechtsformen, die sich in Notzeiten durchgesetzt haben, in glücklicheren Tagen sterben zu lassen.[75] Zu Recht weist FLUME [76] darauf

---

74) vgl. MÜCKENBERGER, NJW 1958, S. 1753 ff; Norbert O. FISCHER, NJW 1959, S. 366 ff (366).

75) ähnlich auch FLUME, NJW 1959, S. 914, r.Sp.

76) in NJW 1959, S. 913, r.Sp. und S. 914, l Sp. - Daß an eine Abschaffung des EV und demnach auch der SÜ ernstlich nicht gedacht werden kann, hat schon 1937 H.LEHMANN, Denkschrift, S.13, ausgesprochen und mit Recht darauf

hin, daß wegen der jahrzehntelangen Geltung der Voraussetzung in Form der Sicherungszession und des verlängerten Eigentumsvorbehaltes eine Aufhebung dieser Institute nur durch die Gesetzgebung, nicht aber durch die Rechtsprechung erfolgen könne. 77)

Grundsätzlich bestehen deshalb keine Bedenken, den § 185 BGB auf die Vorausabtretung künftiger Forderungen analog anzuwenden. 78)

---

hingewiesen, daß dem Gläubiger ein völliger Verzicht auf Sachsicherungen nicht zugemutet werden könne.
Selbst v. CAEMMERER erwähnt, daß die Praxis aller Länder ohne besitzlose Sicherungen nicht auskomme (Drucksache Nr.22 des Bundesv.dtsch.Industrie, S.6).

77) Daß gegenüber der Vorausabtretung nicht die mangelnde Publizität geltend gemacht werden kann, bedarf keiner Erörterung, da der Gesetzgeber die Zession gegenwärtiger Forderungen - trotz desselben Mangels - als wirksam ansieht. - Zudem hat sogar der Bankausschuß des Deutschen Industrie- und Handelstages bei dem Streit um die Reform der Kreditsicherung die Einführung eines Pfandregisters u.a.mit der Begründung abgelehnt, ein Registerpfand wirke kreditstörend (vgl.hierzu H.LEHMANN, Denkschrift, S.5).

78) Zuerst so v.TUHR, Allg.Teil II,1, S.388; - die HM bejaht heute die Vorausabtretung künftiger Forderungen; vgl.statt vieler FLUME, NJW 1950, S. 845, Anm.24, ebenso in NJW 1959, S.916.- Die Abtretbarkeit künftiger Forderungen entspreche einem Bedürfnis des Wirtschaftslebens:so OLG Hamburg, OLGRspr.Bd.4, S.213; RGZ Bd.55, S.334;OLG Jena, DZJ 1907, S.258;SÜSZ, a.a.O., S.34;in neuerer Zeit:BARKHAUSEN, NJW 1949, S.847;GÜNZEL, Betrieb 1949, S.33;BGH NJW 1955, S.545.

## § 4: Die Bindung der Parteien bei der Verfügung über künftige Rechte

I. Die über künftige Rechte verfügenden Parteien wird vor allem interessieren, wann sie an ihre Willenserkkärungen gebunden sind. Ist die Bindung bereits zum Zeitpunkt der schwebend unwirksamen Verfügung eingetreten, oder müssen sich die Vertragsparteien noch im Augenblick der Entstehung des Rechtes einig sein?

Es liegt nahe, hier wie im 1. Abschnitt die Lösung in einer analogen Anwendung des § 185 II, und zwar des Satzes 2, zu suchen. Nach dieser Vorschrift wird unter bestimmten Voraussetzungen von mehreren über den gleichen Gegenstand getroffenen Verfügungen nur die frühere wirksam. Eine Bindung des über sein Recht Verfügenden bedeutet indessen nicht, daß er nunmehr keine weiteren Verfügungen über diesen Gegenstand treffen kann. Solche Behauptungen der "Bindung" verstoßen gegen § 137 S.1 BGB nach dem die Verfügungsbefugnis über ein veräußerliches Recht nicht rechtsgeschäftlich beschränkt werden kann.

Gebunden sein heißt vielmehr: die eigene Willenserklärung nicht widerrufen können.[79)]

Das Gesetz regelt die Bindung nicht einheitlich. Deshalb ist es notwendig, die einzelnen gesetzlichen Vorschriften zu untersuchen, die sich mit der Bindung befassen, um aus ihrer Analyse zu einem übergeordneten Prinzip zu gelangen und damit die Antwort auf die Fragen zu finden,

1) zu welchem frühesten Zeitpunkt eine Bindung möglich ist, - und

2) ob in diesem Augenblick auch immer eine Bindung eintritt.

---

79) SIEBERT, Treuhand, S. 129 ff (S.130); WIEACKER, Bodenrecht, 1938, S.150, 151; WESTERMANN, Sachenrecht, 2. Aufl., § 38,4 (S.187)

II. Als markantesten vom Gesetz geregelten Fall der Bindung sieht man den § 873 II an. Danach sind die Parteien schon vor der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch unter bestimmten Voraussetzungen an ihre Einigung gebunden. Aus der Gegenüberstellung zu § 873 I folgert die HM, daß grundsätzlich eine Bindung erst mit der Eintragung erfolgen könne.[80]

Auch bei der Übereignung beweglicher Sachen nach §§ 929 ff BGB nimmt die HM eine Bindung erst an, wenn der Gegenstand übergeben worden ist. Sie leitet diese Auffassung aus dem Wortlaut "einig sind", aus der Gegenüberstellung von § 873 I zu § 873 II und dem Fehlen einer entsprechenden Bestimmung bei § 929 S. 1 ab.[81] Ebenso erkennen Rechtsprechung und HL noch keine Bindung mit der Vereinbarung des antizipierten Besitzkonstituts an.[82] Nach SIEBERT[83] ist aus der von der Rechtsprechung geforderten Erkennbarkeit des Übertragungswillens im Augenblick des Erwerbes des Gegenstandes zu folgern, daß sich beide Parteien noch in diesem Zeitpunkt bezüglich der Einigung und des Besitzmittlungsverhältnisses einig sein müssen. Einer solchen Erkennbarkeit hätte es nicht bedurft, wenn es auf den Willen im Augenblick des Überganges nicht ankäme.

---

80) so SIEBERT, a.a.O., S.130/131; PALANDT-HOCHE, § 873, 5.

81) SIEBERT, a.a.O.; WOLFF-RAISER, Sachenrecht, 10. Bearb. § 66 I 4; PLANCK-BRODMANN, 4. Aufl. § 929 IV 3 b; RGRKomm. z. BGB, 10. Aufl., § 939, 5a; STAUD.-BERG, 11. Aufl., § 929, Anm. 21; KLEE, BB 52, S. 791; PALANDT-HOCHE, 18. Aufl., § 929, 2c; FISCHER-HENLE-TITZE, Sachenrecht, 14. Aufl., 1932, § 929, 5. - In der Respr.: RGZ Bd. 109, S. 203; 135, S. 367; BGH NJW 1952, S. 1170. Eine nochmalige Einigungserklärung wird nicht gefordert. Die Rspr. nimmt an, daß die im voraus erkkärte Einigung so lange wirksam bleibt, bis der Veräußerer seinen - dem Eigentumsübergang entgegenstehenden - Willen zu erkennen gibt (RGZ Bd. 135, S. 367; RGRKomm. § 929, 5 mit Nachw.). Der Zustand des Einigseins über den Eigentumsübergang muß noch im Augenblick des letzten zum Eigentumsübergang nötigen Erfordernissen vorliegen (ausführlicher bei BECKER, AcP Bd. 139, S. 228 ff (229)

82) RGZ Bd. 13, S. 367; WESTERMANN, a.a.O., § 40 III (S. 195); im Ergebnis ebenso WOLFF-RAISER, Sachenrecht, § 67 I 2, da sie eine Bindung beim Besitzmittlungsverhältnis ablehnen.

83) a.a.O.

Gegen die HM, die eine Bindung also erst mit der Vollziehung der äußeren Handlung anerkennen will, wendet WESTERMANN [84] ein, sie ermögliche unnötigerweise das Abgehen vom gegebenen Wort, ohne einem berechtigten Sicherheitsstreben vor Übereilung oder vor sonstigen Gefahren zu dienen.[85] Die Lösung des Problems der Bindung ist nach WESTERMANN in der Behandlung des Grundgeschäftes zu suchen. Sei dieses bindend, dann vermöge auch ein Widerruf der Einigung nicht zu helfen. Rechtsbehelf gegenüber der grundlos abgegebenen Einigungserklärung soll der Anspruch aus § 812 BGB sein, nicht der Widerruf.Nach WESTERMANN tritt demnach bereits mit der Einigung die Bindung ein.

Untersucht man die praktischen Konsequenzen der WESTERMANNschen Ansicht, so kann der Erwerber trotz der Bindung nicht das dingliche Recht erlangen, da er nicht aus der bloßen Eingung, sondern nur aus dem obligatorischen Vertrag klagen kann. In praktischer Hinsicht hat deshalb die Bindung oder Nichtbindung an die Einigung über den Eigentumsübergang nicht viel zu bedeuten. Gerade in den Fällen der Übereignung, in denen sowohl Einigung als auch Übergabe der beweglichen Sache bzw. Eintragung im Grundbuch erforderlich sind, vermag die Bindung an die Einigung für sich allein wenig zu sagen.[86]

Zum anderen kann der Einwand WESTERMANNs nicht überzeugen, da der körperliche Akt bei der Übereignung unterbewertet wird. Die bloße

---

84) WESTERMANN, a.a.O. § 38,4 (S.187). Für die Bindung mit der Einigung auch HECK, Sachenrecht, § 55,7; J.v.GIERKE, Sachenrecht, 3.Aufl., § 28 II, (S.82); SIMON, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung, 1907,S.14 ff (15).

85) v. LÜBTOW, ZHR Bd.112, S.227 ff (258), meint, ein derartiger Verstoß gegen die Pflicht zur Interessenwahrung habe zur Folge, daß der Wille den Verfügenden ignoriert und durch den wahren Willen des ersten Erwerbers ersetzt werden müsse.

86) Norbert O.FISCHER, a.a.O.S.35, meint im Anschluß an v.OHMEYER, a.a.O., S.25, SIMON, a.a.O., S.14 ff, die Bindung für den Fall kollidierender Vorausverfügungen über das gleiche Recht habe nur dann praktische Bedeutung, wenn man sagen könne, daß jede Rechtsperson über eine Sache (gemeint ist wohl Gegenstand)nur einmal verfügen könne, und daß damit ihre Verfügungsmacht ein für allemal erloschen sei. -
Denselben Einwand müßte Norbert O.FISCHER dann aber auch

Einigung bereitet nur auf die Übereignung vor. WESTERMANN bleibt den Beweis schuldig, warum die Übergabe eine bloße Wirksamkeitsvoraussetzung und kein Tatbestandsmerkmal sein soll.

Zwar könnte man hiergegen geltend machen, daß sich auch in § 930 bei der Übereignung durch Besitzkonstitut die Parteien nur über die Übereignung und das konkrete Besitzmittlungsverhältnis zu einigen brauchen und deshalb der so sehr betonte äußerliche Akt nicht zu erkennen sei. Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig und überzeugend. Bei der Übereignung in der Form des § 930 erwarten die Parteien ohnehin nicht, daß noch ein besonderer körperlicher Akt für die Übereignung erforderlich ist. Hier erfüllt die nähere Regelung des Besitzmittlungsverhältnisses die gleichen Funktionen wie die Übergabe. Für SIEBERTs Ansicht spricht zudem, daß der § 930 nur eine Variation zu § 929 S.1 hinsichtlich des körperlichen Aktes, der Übergabe ist, nicht aber bezüglich der Einigung über den Eigentumsübergang. Aus diesem Grunde läßt sich eine andere Behandlung der Einigung bei § 930 nicht rechtfertigen.

In dem § 873 II bejaht der Gesetzgeber die Bindung schon vor der Eintragung, weil die Vertragsparteien keinen Einfluß darauf haben, wann der Beamte des Grundbuchamtes die Eintragung vornimmt. Hier liegt eine äußerliche Bekräftigung der Einigung in der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, in der Abgabe der Erklärung vor dem Grundbuchamt bzw. der Einreichung der Erklärung bei dieser Behörde oder in der Aushändigung der Eintragungsbewilligung. Diese notwendigen Handlungen erfüllen ebenfalls die Warnfunktion, die mit einem körperlichen Akt verbunden ist.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Eine Bindung kann frühestens dann eintreten, wenn alle zur Verfügung erforderlichen Tatbestandselemente gegeben sind.[87]

---

bei einer Verfügung seitens eines Nichtberechtigten über bereits bestehende Forderungen erheben. Das "Nicht widerrufen können" stellt allenfalls eine relative, nicht aber eine absolute Verfügungsbeschränkung dar.

87) vgl. STAUD.- COING, 11. Aufl., Einl. zu "Rechtsgeschäften", Nr. 49, RG JW 1913, S. 132.

III. Fraglich bleibt, ob immer eine Bindung erfolgt, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen vorhanden sind. Sicher ist als spätester Zeitpunkt für die Bindung die volle Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes zu nennen; denn das Rechtsgeschäft würde sein eigenes Wesen verleugnen, wollte es den Parteien grundsätzlich erlauben, auch nach Eintritt der vollen Wirkungen die eigenen Willenserklärungen jederzeit zu widerrufen. Zu den vom Gesetz ausdrücklich geregelten Ausnahmen gehören § 956 I 2, der die Widerruflichkeit der Aneignungsgestattung enthält, und der §610 BGB, der den Widerruf im Falle der Vermögensverschlechterung des Versprechensempfängers regelt.[88)]

Somit bleiben als Gegenstand der vorliegenden Untersuchung diejenigen Rechtsgeschäfte übrig, bei denen zwar schon die Tatbestandsvoraussetzungen vorhanden sind, jedoch die volle Wirksamkeit noch aussteht: die sog. schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfte.

1. Hierunter fallen die Bestimmungen über die aufschiebende Bedingung in den §§ 158 ff. Wie sich aus den §§160, 151 ergibt, ist der Veräußerer bereits mit der Vornahme des Rechtsgeschäftes gebunden, ohne daß die Bedingung eingetreten ist.[89)]

Auch bei der Abtretung zukünftiger Forderungen ist die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes aufschiebend bedingt; denn die Entstehung der im voraus abgetretenen Forderung ist ein ungewisses, zukünftiges Ereignis. Somit

---

88) vgl. die oben S.14 vertretene Ansicht, daß es sich bei § 956 I um einen Fall eines originären Eigentumserwerbes handelt.

89) zustimmend SIEBERT, JW 1933, S.2440, 2441; - Norbert O.FISCHER, a.a.O., S.36, folgert aus der Regelung der aufschiebenden Bedingung in § 161 BGB, daß eine dingliche Bindungswirkung stets besonders geregelt sein müsse. Würde das Gesetz, so meint FISCHER, jede antizipierte Einigung für bindend halten, so wäre die Vorschrift des § 161, - die die Verfügungsmacht desjenigen aufhebt, der unter einer Bedingung verfügt hat -, überflüssig und unverständlich.
Dagegen läßt sich folgendes anführen: § 161 besagt nichts über den Begriff der Bindung im - hier allein interessierenden - relativen Sinn, d.h., über die Frage des "Nicht widerrufen könnens". Der Einwand FISCHERs ist insofern nicht stichhaltig, als FISCHER auf die Verfügungsbeschränkung abstellt. Im Hinblick auf die Folgen der - trotz der Beschränkung

müßten die Vertragsparteien mit der Vereinbarung des verlängerten Eigentumsvorbehaltes eigentlich gebunden sein. Die §§ 158 ff kommen jedoch nicht zur Anwendung, da diese Vorschriften nach der HM nur für die rechtsgeschäftlichen und nicht für die Rechtsbedingungen gelten.[90] Diese Ansicht ist zutreffend: Es ist nicht gerechtfertigt, die §§ 158 ff BGB anzuwenden, wenn die Parteien eine schon kraft Gesetzes notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes überflüssigerweise zur Bedingung machen.[91]

2. Ausnahmen von der Bindung bei einem Vertragsschluß finden sich in den

a) § 1o9 I 1 BGB: bis zur Genehmigung des Vertrages mit einem Minderjährigen kann der Partner widerrufen;

b) § 178 S. 1 BGB: bis zur Genehmigung des Vertrages, der durch einen vollmachtlosen Vertreter abgeschlossen ist, kann der Partner widerrufen;

c) § 1397 I a.F. BGB: bis zur Genehmigung des Vertrages mit einer Ehefrau, durch den über ihr eingebrachtes Gut verfügt wird, kann der Partner widerrufen;

d) schließlich nach der Rechtsprechung,[92] wenn jemand als Verfügender ohne Verfügungsmacht handelt: auch dann ist grundsätzlich bis zur Genehmigung durch den Verfügungsbrechtigten ein Widerruf möglich.

Es kann aber der Vertragspartner dann nicht widerrufen, wenn er die Minderjährigkeit gekannt hat bzw. die fehlende Einwilligung (in § 1o9 II), die fehlende Vertretungsmacht (in § 178 S.1), die fehlende Verfügungsbefugnis, daß die Frau Ehefrau ist bzw. das Fehlen der Einwilligung des Mannes (in § 1397 II).

---

vorgenommenen - Verfügungen war aber eine gesetzliche Regelung erforderlich.
Auch die Berufung FISCHERs auf die Logik (a.a.O.) geht fehl.

90) vgl. aber auch OERTMANN, Rechtsbedingung, S. 4 ff.

91) LEHMANN, Allg.Teil, § 35 A II 1 (S.210); deshalb kann auch dem Versuch ARNDTs, DRiZ 1954, S.233, nicht zugestimmt werden, die Abtretung einer bedingten und einer künftigen Forderung gleich zu behandeln, weil der Unterschied nur gering sei.

92) RGZ Bd.64, S.154; PALANDT-DANCKELMANN, Einf. zu den §§ 182 ff, Bem. 4.

In allen diesen Vorschriften, in denen die Zustimmung des Berechtigten fehlt, hat der Gesetzgeber ausführlich das Widerrufsrecht des Vertragspartners geregelt. Fraglich ist, ob auch der Minderjährige und die Ehefrau gebunden sind. - Eine Ausnahme gilt der Natur der Sache nach für den Vertretenen in § 179.

Meines Erachtens ist eine Bindung des Minderjährigen und der Ehefrau bereits mit Vertragsschluß zu bejahen. Diese Ansicht ist einmal darin begründet, daß der Gesetzgeber nur das Widerspruchsrecht des mit der Ehefrau bzw. dem Minderjährigen abschließenden Partners geregelt hat, zum anderen findet sie ihre Stütze in der Formulierung der §§ 108 und 1397, wonach die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abhängt. Demgegenüber wollen PALANDT-DANCKELMANN [93] den Grund für das Widerrufsrecht des Vertragspartners darin erblicken, daß der Minderjährige noch nicht gebunden sei. Diese Auffassung vermag aber die entsprechende Regelung in § 1397 nicht zu erklären. Außerdem besteht gar kein Bedürfnis, die Bindung abzulehnen, da der gesetzliche Vertreter bzw. der Ehemann den Schutz des Minderjährigen und der Ehefrau ausüben.

Der Gesetzgeber schützt vielmehr deshalb den Vertragspartner, weil dieser im Vertrauen auf das Vorhandensein der Wirksamkeitsvoraussetzungen (der Volljährigkeit; der Tatsache, daß die Frau eine Ehefrau ist bzw. der Einwilligung) das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat.[94] Der Partner soll in seinem Vertrauen nicht enttäuscht werden.

Hieraus läßt sich im Hinblick auf die Bindung bei künftigen Forderungen folgender Schluß ziehen: In § 108 und in § 1397 fehlen als Wirksamkeitsvoraussetzungen die Einwilligung des Berechtigten, bei der Vorausabtretung künftiger Forderungen steht hingegen die Existenz der Forderung noch aus. Berücksichtigt man die Voraussetzungen, unter denen der Partner widerrufen kann, - wie bereits oben erwähnt, kann er es nicht, wenn er gewußt hat, daß der andere Teil minderjährig oder verheiratet war -, so liegt es nahe zu sagen, daß die Bindung grundsätzlich dann eintritt, wenn das Fehlen dieses gesetzlichen Er-

---

93) PALANDT-DANCKELMANN, § 109, 1.

94) so ENN. - NIPPERDEY, § 152 II 2 a.

fordernisses dem Partner bekannt war. Das bedeutet, daß bei der Vorausabtretung künftiger Forderungen beide Parteien gebunden sind, wenn sie gewußt haben, daß es sich um ein künftiges, nicht aber um ein gegenwärtiges Recht handelt. - Indessen ist fraglich, ob die Folgerung zweifelsfrei ist. Einen Anhalt für die Antwort hierauf bietet § 108 I. Danach hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab. Nun ist es aber möglich, daß neben der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich ist (§§ 1643, 1821 Ziff.1), etwa bei der Übereignung des dem Minderjährigen gehörigen Grundstückes. Hat nun bereits der gesetzliche Vertreter genehmigt, fehlt aber noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, so kann nach ganz HM der Vertragspartner des Minderjährigen nicht mehr widerrufen.[95]

Schließlich gibt es auch die Möglichkeit, daß der Vertragspartner bis zur Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht nicht gebunden ist. Dann wären allerdings die §§ 108 ff, 1397, 179 Fälle einer ausnahmsweisen Bindung vor Wirksamwerden des Rechtsgeschäftes. Eine Bindung könnte folglich erst mit Vorliegen sämtlicher vom Gesetz geforderten Wirksamkeitsvoraussetzungen eintreten.[96] Diese Auffassung vermag jedoch nicht zu erklären, weshalb der Vertragspartner ausgerechnet bei Kenntnis der Minderjährigkeit bzw. der fehlenden Einwilligung gebunden sein soll, während bei Kenntnis aller sonstigen fehlenden Wirksamkeitsvoraussetzungen wie etwa bei Kenntnis des Fehlens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung oder der Entstehung des künftigen Rechtes, das nicht der Fall ist. Daher ist davon auszugehen, daß nur in den vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen eine Bindung nicht eintritt, in allen anderen dagegen bereits mit Vornahme des Tatbestandes.

3. Dieses Ergebnis ist aber noch daraufhin zu prüfen, ob es unbillig ist, dem Partner das Widerrufsrecht zu versagen. Man denke etwa an

---

95) vgl. PALANDT-DANCKELMANN, § 109, 2.

96) so wohl SIEBERT, a.aO., S. 141, Anm.69; ebenso SCHANTZ, verl. EV, S.48 ff.

den Fall, daß der K 1 dem V die Forderung aus dem Kaufvertrag mit K 2 abtritt, wobei der V annimmt, die Forderung sei bereits entstanden, während es sich noch um eine zukünftige Forderung handelt.Das Rechtsgeschäft zwischen K1 und V ist schwebend unwirksam, und es fragt sich, ob V seine Willenserklärung anfechten kann. - Als Anfechtungsgrund kommt ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 in Betracht.

Von RIEZLER[97] wird jedoch die Anfechtung bei einem schwebend unwirksamen Rechtsgeschäft abgelehnt, weil die Anfechtung ein bestehendes Recht vernichten soll, hier aber noch kein Recht entstanden ist. Es ist jedoch heute - seit KIPPs Lehre von den Doppelwirkungen im Recht - anerkannt, daß auch ein nichtiges Rechtsgeschäft angefochten werden kann.[98] Dann muß dies erst recht für ein schwebend unwirksames gelten. Somit besteht auch interessenmäßig gesehen keine Veranlassung, die Bindung nicht schon mit der Vollendung des Tatbestandes anzuerkennen.

4. Norbert O.FISCHER[99] lehnt eine Bindung der Parteien aus anderen Gründen ab:

Wenn der Zedent nach § 399 BGB den Übergang einer im voraus zedierten Forderung noch bei ihrer Entstehung verhindern könne, so müsse er auch das Recht haben zu widerrufen, mein FISCHER.

Dann müßte aber auch eine Bindung bei der Abtretung einer bereits bestehenden Forderung durch einen Nichtberechtigten (genau: Nicht-Ermächtigten) nach § 185 verneint werden, denn auch in diesem Falle steht es im Belieben des Nichtberechtigten, die Forderung zu erwerben.

Ebensowenig kann Norbert O.FISCHER[100] den § 137 für seine Ansicht heranziehen: Eine Bindung des Zedenten stellt kein Verfügungsverbot dar. 101)

---

97) STAUD.-RIEZLER, 10.Aufl., Einl.zu "Rechtsgeschäften", Nr.49;anders STAUD.-COING, 11.Aufl.am gleichen Ort.

98) vgl.PALANDT-DANCKELMANN, Überblick vor § 1o4, 4e; ebenso ENN.-NIPPERDEY, § 203 III 7 und STOLL-FELGENTRÄGER, Vertrag und Unrecht, 4.Aufl.1944, § 27 III 3.

99) a.a.O. S.41.

100) a.a.O.S. 40.

IV. Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung kann somit dahin zusammengefaßt werden, daß

a) die Bindung der Parteien die regelmäßige Folge der Erfüllung des Tatbestandes ist und

b) nach Vereinbarung des verlängerten EV beide Parteien ihre Willenserklärungen nicht mehr widerrufen können.

Daraus folgt, daß mit der Vereinbarung des verlängerten Eigentumsvorbehalts eine Bindung eintritt.[102)]

---

101) Wenig überzeugend wirkt es, wenn sich Norbert O.FISCHER, a.a.O., S.39, auf die im französischen Recht (art.711 c.c.) enthaltene Regelung beruft, nach der das Eigentum schon mit dem Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer übergeht, und ausführt: Daß für die Zession die bloße Einigung genüge, sei ein mehr zufälliges Ergebnis der Gesetzgebung als etwa begriffliche Notwendigkeit. - FISCHER beachtet nicht die Verschiedenheit des Tatbestandes bei der Zession von Forderungen und bei der Übereignung beweglicher Sachen.

102) Im Ergebnis für eine Bindung FLUME, NJW 1959, S. 917, li.Sp.; OERTMANN, Rechtsbedingung, S. 96.

## § 5: Prioritätsprinzip und Durchgangserwerb bei der Vorausabtretung

I. Zur Veranschaulichung der Problemlage möge folgender Fall dienen:

V verkauft dem K1 eine Ware unter Eigentumsvorbehalt und läßt sich in diesem Vertrage zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung für den Fall der Weiterveräußerung der Ware durch K1 im voraus die dem K1 gegen seinen Abkäufer K2 künftig zustehende Forderung abtreten.

G1, ein Darlehnsgläubiger des K1, - ein Bankhaus -, hat sich bereits, bevor K1 von V die Ware unter Eigentumsvorbehalt gekauft hat, zur Sicherung seiner Forderung von 100 ooo,- DM alle dem K1 künftig aus seinen Verkäufen zustehenden Forderungen bis zur Höhe von 120 ooo.- DM abtreten lassen. K1 veräußert die von V unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware weiter an K2.

Wer ist nunmehr Gläubiger der aus dem Kaufvertrag mit K2 begründeten Forderung? - V oder G1 oder K1?

Nimmt man Durchgangserwerb an, so wird zunächst - für eine juristische Sekunde - K1 Gläubiger der Forderung. Sodann würde nicht V, sondern G1 die Forderung erwerben, wenn § 185 Abs.2 Satz 2 auf Vorausverfügungen entsprechend anzuwenden wäre. Nach dieser Vorschrift gilt, wenn mehrere Verfügungen über den gleichen Gegenstand getroffen sind, das Prioritätsprinzip.

Nimmt man keinen Durchgangserwerb an, dann würde - bei entsprechender Anwendung des § 185 Abs.2 Satz 2 BGB - zwar nicht K1, aber gleichfalls G1 Gläubiger der Forderung.

Der Kampf zwischen dem Warengläubiger V und dem Bankgläubiger G1 wäre eindeutig zugunsten der Sicherung der Bank entschieden. Die Prüfung des Prioritätsgrundsatzes ist deshalb von grundlegender Bedeutung.

II. Von der Seite der Banken her wendet sich BARKHAUSEN [103] gegen den verlängerten Eigentumsvorbehalt, die Außenstände des Schuld-

103) NJW 1949, S. 847.

ners müßten dem Bankkredit als Kreditunterlage erhalten bleiben. Durch den verlängerten Eigentumsvorbehalt werde aber dem Bankkredit der nötige Raum beschnitten.

LANGE [104] dagegen meint, der eigentliche Eigentumsvorbehalt verdiene ein besseres Recht auf Anerkennung als Eigentum als die Sicherungsübereignung, denn der Veräußerer unter Eigentumsvorbehalt halte nur seine bisherige Rechtsstellung aufrecht, der Gläubiger bei der Sicherungsübereignung dagegen verschaffe sich rechtlich ein Vollrecht, das ihm wirtschaftlich in diesem Umfang nicht zukommen solle. Die Verlängerungen des Eigentumsvorbehaltes seien im Vergleich zur Sicherungsübereignung weniger mißbilligenswert, da die Verlängerungen des Eigentumsvorbahltes aus einem konkreten Rechtsverhältnis heraus gewachsen seien, während die erstreckte Sicherungsübereignung einer solchen konkreten Beziehung zur Forderung ermangele. Allerdings will LANGE [105] zwei Vorausverfügungen ohne Rechtswirkungen lassen, wenn beide Verfügungen in unlösbarem Widerspruch zueinander stehen, da sich die Verfügung erst mit dem Bedingungseintritt vollende. Für diese Lösung gibt das Gesetz keinen Anhalt. Lange selbst scheint von seiner eigenen Lösung nicht recht überzeugt zu sein, denn er bezeichnet sie als "robust".

Nach FLUME [106] entscheidet nicht die Priorität, sondern er will dem verlängerten Eigentumsvorbehalt - wenigstens in Höhe des Warenwertes - gegenüber einer Abtretung der Weiterverkaufsforderung an die Bank den Vorrang geben. Die abgetretene Forderung sei das Surrogat

---

104) NJW 1950, S. 566.

105) NJW 1950, S.567; MÜNZEL, MDR 1951, S.132, lehnt sogar das Prioritätsprinzip für das Verhältnis von einfachem EV zur Sicherungsabtretung ab. Er fordert, daß die Banken ihrer volkswirtschaftlichen Aufgabe wegen die gleichen Rechte an der Ware wie die Warenlieferanten erhalten; - demgegenüber betonen G. und D. REINICKE, MDR 1950, S.333, unter II, mit Recht, daß kein Gläubiger einem Pfandrecht oder einer sonstigen Sicherung vertrauen könne, wenn er das Recht mit späteren, ranggleichen Gläubigern teilen müsse.

106) NJW 1950, S. 841 ff (847, r.Sp.) und NJW 1959, S. 913 ff (1918).

des Eigentumvorbehaltes. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt sei das Korrelat dazu, daß der Vorbehaltsverkäufer auf die Zug-um-Zug-Leistung verzichtet habe.[107] Der Vorbehaltskäufer sei - aufgrund des in den ALB enthaltenen Eigentumsvorbehalts - verpflichtet und ermächtigt, den Weiterverkauf der Vorbehaltsware und die Übereignung nur so vorzunehmen, daß der Verkäufer die Forderung tatsächlich erwerbe. Bei einer Vorausabtretung - beispielsweise an eine Bank - verletze der Käufer seine vertraglichen Pflichten dem Lieferanten gegenüber.

Zum anderen begehe der Vorbehaltskäufer eine Unterschlagung (wenn er die Vorbehaltsware verkaufe) und einen Betrug, gleich ob der Betrug als Nachtat nicht bestraft werde. Der Erstzessionar, meistens eine Bank, erlange die Forderung aufgrund einer strafbaren Handlung. Wenn auch Ersatzhehlerei und Hehlerei an Forderungen nicht bestraft würden, so stehe das rechtliche Unwerturteil betreffs dieser Handlung doch außer Frage. Da die Bank als Zessionarin aber an dem Vertragsbruch des Zedenten teilnehme, könne die vorweggenommene Sicherungsabtretung als unerlaubte Handlung keine Geltung haben.[108]

Sicherungszession und Eigentumsvorbehalt seien Institute, die nach ihrer Art miteinander in Widerstreit lägen. Auch bei mehreren Eigentumsvorbehalten sei der Widerstreit institutionell gegeben. Die Rechtsprechung müsse für die Regelung des Widerstreits auch eine institutionelle Lösung finden. Sicherungszession und verlängerter Eigentumsvorbehalt könnten als Institute jedoch nicht mit dem Sinn anerkannt werden, daß der Sicherungsnehmer auch die Sicherung erlange, wenn diese aufgrund des institutionellen Widerstreits als Vermögenswerte die Frucht einer Unterschlagung sei. Gegen FLUMEs Ansicht läßt sich zunächst einwenden, daß nicht einzusehen ist, inwie-

---

107) NJW 1950, S.842; gegen das Prioritätsprinzip wendet sich auch HEES, MDR 1955, S. 525, 526: Die Rechtsanwendung habe sich an den Lebensnotwendigkeiten zu orientieren und nicht umgekehrt; ebenso Brigitte GAST, Betrieb 1958, S.1235 ff(1236), die der FLUMEschen Ansicht mit der Begründung zustimmt, der Geldgläubiger, die Bank, habe noch andere Möglichkeiten, sich zu sichern (dagegen zutreffend DEMPEWOLF, Betr.1959, S.564 ff, im einzelnen siehe unten S.43, Anm.110); wie FLUME auch BENISCH, WuW 1953, S.598 ff(S.606), jedoch ohne eigene Begründung.

108) ebenso SCHMITZ-BEUTING, KTS 1956, S.88 ff (90, r.Sp.) sowie BGH NJW 59, S.1533 (U.v.30.4.1959)

fern dem Vorbehaltsverkäufer unbedingt ein bevorrechtigter Anspruch auf die Forderung aus dem Weiterverkauf der Vorbehaltsware zustehen soll, auch nicht in Höhe des Wertes der Ware.

Es handelt sich bei dem Kauf unter Eigentumsvorbehalt um ein Warenkreditgeschäft. Die vom Gesetzgeber - als Ausgleich für den Verzicht auf die Zug-um-Zug-Leistung - vorgesehene äußerste Sicherung des Verkäufers besteht in dem Eigentumsvorbehalt. Darüber hinaus besteht kein Bedürfnis, dem Lieferanten ein "Surrogat" zu erhalten. Der Verkäufer ist nunmehr mit allen sonstigen Gläubigern des Vorbehaltskäufers gleichgestellt.[109]

Eine rechtliche Surrogierung sieht der Gesetzgeber nur in den Fällen vor, in denen ein Sondervermögen erhalten werden soll, so beispielsweise bei der Gesellschaft (§ 718 BGB), bei der Erbengemeinschaft (§ 2111 BGB) und bei dem früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes (§§ 1370, 1381 BGB). Der Gesetzgeber spricht grundsätzlich nicht demjenigen das Recht zu, aus dessen Vermögen die Mittel zu dem Rechtserwerb stammen. Wer ein Recht durch Übertragung verloren hat, kann gegen den Schädiger nur schuldrechtliche Ansprüche geltend machen. Jedoch auch aus wirtschaftlichen Gründen steht der Vorbehaltskäufer in keinem näheren Verhältnis zu der Forderung aus dem Weiterverkauf als der Bankgläubiger. Mit Recht ist darauf hingewiesen worden, daß zur Entstehung der Forderung nicht nur die Ware, sondern in gleichem Maße die Arbeit und die Betriebsmittel des Vorbehaltskäufers erforderlich sind. Mit derselben Berechtigung, mit der die Forderungen als das wirtschaftliche Surrogat des Vorbehaltseigentums bezeichnet werden, läßt sich auch die These vertreten, die Forderungen seien das wirtschaftliche Surrogat der in den Waren verkörperten Arbeit. [110]

---

109) Mit Recht hat außerdem WIEACKER, ZAkDR 1938, S.590, und Dtsch.RWiss.1941, S.49 ff (56) darauf hingewiesen, daß beim EV im Vordergrund nicht der Gedanke des Synallagma stehe, sondern die Sicherung des Verkäufers wegen seines Anspruchs auf den Kaufpreis bzw. auf etwaigen Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages durch den Käufer. Insofern hat der EV vor allem pfandrechtsähnliche Funktionen (so v.CAEMMERER, Bundesv-dtsch. Industrie, Drucksache Nr.22, S.8).

110) DEMPEWOLF, NJW 1956, S. 853, 1.Sp.-
Eine Bevorzugung des Warenkreditgläubigers läßt sich auch

Das wird vor allem in den Betrieben gelten, in denen ein Verkauf der Waren hauptsächlich aufgrund des Firmenrufes des Vorbehaltsverkäufers möglich ist. Er ist eine - besonders in Kaufmannskreisen - bekannte Tatsache, daß manche Kunden, namentlich in überwiegend ländlichen Gegenden, nicht so sehr von der Firma, sondern in erster Linie von dem Vertreter der Firma kaufen. Diese Erscheinung ist gerade in normalen Zeiten zu beobachten, in denen das Kaufangebot nahezu unerschöpflich ist. Aus solchen Überlegungen folgt, daß Waren- und Geldkredit wirtschaftlich die gleiche Bedeutung haben und daß FLUME von unrichtigen Vorstellungen ausgegangen ist. Die Bank wie der Lieferant haben nur je einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Vermögen des Vorbehaltskäufers, nicht aber auf Abtretung einer bestimmten Forderung. Schon aus diesem Grunde ist es übertrieben, von einem "institutionellen Widerstreit" zu sprechen. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt ist nichts anderes als eine besondere Form der Sicherungsabtretung. Wenn ein Warenlieferant meint, er habe nicht genügend Sicherheiten für seine Forderungen, dann mag er sich an den Vorbehaltskäufer wenden und ihn veranlassen, ihm Forderungen zu übertragen, wie es auch bei den Banken üblich ist. Wer zudem den - heimlichen - Weg des verlängerten Eigentumsvorbehaltes wählt und den Vorteil erhält, daß der Vorbehaltskäufer von ihm kauft, kann nicht nachträglich versuchen, sich auf einen "institutionellen Widerstreit" zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Sicherungsabtretung zu berufen.

Andererseits kann es dem Vorbehaltsverkäufer nicht verwehrt werden, die Ware so zu verkaufen, daß der Vorbehaltskäufer nur dann zum Weiterverkauf - und zur Übereignung - befugt sein soll, wenn die entstehende Weiterverkaufsforderung auf den Vorbehaltsverkäufer übergeht. Ein trotzdem vorgenommener Weiterverkauf könnte, - sollte die Forderung nicht auf den Vorbehaltsverkäufer übertragen werden -, eine Unterschla-

---

nicht, wie SCHMITZ-BEUTING, KTS 1956, S.90, meint, mit dem Hinweis darauf vertreten, daß die Bank in der Lage sei, ihre Kreditbedingungen beweglicher zu gestalten als der Warenlieferant, und daß es schließlich Aufgabe der Banken sei, Kreditgeschäfte abzuschließen und nicht etwa die des Warenlieferanten. Beide Kreditgeber haben jedoch die Möglichkeit, Verluste in ihren "Preis" einzukalkulieren, DEMPEWOLF, Betrieb 1959, S.564 ff (565), weist zudem treffend darauf hin, daß das Prioritätsprinzip der Rechtssicherheit dient, indem klare Verhältnisse geschaffen werden.

gung der Ware darstellen und zwar in der qualifizierten Form der Veruntreuung.[111] Da möglicherweise auch andere Warenlieferanten durch ihre AGB die Verkaufsforderung auf sich haben übertragen lassen und - wie unten ausgeführt wird - die Vorausabtretung nur bei ganz groben Mißverhältnissen zwischen Leistung und Gegenleistung nach § 138 BGB nichtig ist, müßte der Vorbehaltskäufer immer damit rechnen, daß die Forderung schon einem anderen Vorbehaltsverkäufer zustände. So würde schließlich der Unternehmungsgeist des Vorbehaltskäufers in einer nicht zu vertretenden Weise behindert werden. Vermutlich würde auch der Vorbehaltskäufer gar keine Waren kaufen, wenn der Lieferant beim Verkauf ausdrücklich von ihm verlangte, daß ihm, dem Lieferanten, die Forderung aus dem Weiterverkauf zustehe und ihm vor Augen führte, daß der Vorbehaltskäufer sich andernfalls durch einen Verkauf strafbar mache.

Es würde jedoch ein Verkauf der Vorbehaltsware entgegen der Verfügungsbeschränkung wirksam sein und der Käufer gutgläubig Eigentum erwerben. Der Bankgläubiger würde die Forderung erlangen aufgrund der Vorausabtretung. Eine Teilnahme an einer strafbaren Handlung des Zedenten durch dessen abredewidrigen Verkauf der Ware kann jedoch nicht damit bejaht werden, weil - wie FLUME[112] meint - der Globalzessionar "wisse oder den Umständen nach annehmen müsse, daß solche Forderungen mittels einer strafbaren Handlung erlangt" seien. Der Zessionar wird durch den Abschluß des Globalzessionsvertrages nicht "Mitbeteiligter" eines erst später auftretenden Vertragsbruches des Zedenten, da er mit einem vertragsgemäßen Verhalten des Zedenten rechnen kann.

Mit derselben Berechtigung, mit der FLUME dem Zessionar vorhält, er nehme an einer strafbaren Handlung des Zedenten teil, kann man zudem behaupten, der Zedent habe sich durch den Globalzessionsvertrag mit dem Bankgläubiger verpflichtet, nur solche Waren zu kaufen, bei denen die Forderung aus dem Weiterverkauf auf die Bank übergeht. Der Vorbehaltslieferant aber veranlasse den Zedenten zum Vertragsbruch

---

111) Die Vorbehaltsware ist dem Vorbehaltskäufer "anvertraut", da sie ihm mit der Verpflichtung übergeben worden ist, in bestimmter Weise mit ihr zu verfahren (vgl. WELZEL, Dtsch. Strafrecht, 6. Aufl., S. 281, im Anschluß an BGHSt. 9, S. 90).

112) AcP Bd. 154, S. 565

und sei mithin Gehilfe zum Treubruch im Sinne des § 266 StGB auf der Seite des Zedenten, wenn er es durch seine AGB unmöglich mache, daß die Weiterverkaufsforderung auf den Bankgläubiger übergehe. Die Bank habe dem Zedenten das Geld nur als Darlehn gegeben, damit der Zedent in bestimmter Weise damit verfahre.[113] Es würden - zumindest bei Darlehnshingaben und Globalzessionen in großem Umfange - die Voraussetzungen eines Treueverhältnisses im Sinne des § 266 StGB vorliegen. Dem Bankgläubigen entstehe auch ein Schaden, denn sein Vermögen sei um eine begründete Anwartschaft auf Übertragung einer Weiterverkaufsforderung als Sicherung seiner eigenen Forderung vermindert worden. Daß diese Anwartschaft bereits einen wirtschaftlichen Wert darstellt, braucht wohl nicht besonders betont zu werden.

WESTERMANN[114] und EICHHORN[115] betonen außerdem mit Recht, daß die Banken nicht immer davon ausgehen müßten, der Darlehensempfänger sei nicht in der Lage, seine Warenlieferanten zu bezahlen. Sehr oft nutze der Vorbehaltskäufer durch den Kredit von der Bank nur das Skonto aus, da das Bankgeld meistens nicht so teuer wie der Verlust groß ist, der aus einer unbaren Zahlung erwächst.

Man wird somit v.CAEMMERER[116] zustimmen müssen, daß unbeteiligte Dritte grundsätzlich nicht verpflichtet sind , fremde Absprachen zu achten und daß es zu weit führe, bloße Vertragsverstöße als Delikte zu behandeln.

Es hieße den Bereich des Strafrechts überdehnen, wollte man es hier anwenden. Aufgabe des Strafrechts ist der Schutz der elementaren sozialethischen Gesinnungs- (Handlungs)werte und darin eingeschlossen der Schutz der einzelnen Rechtsgüter[117]. Es ist schwerlich das geeignete Mittel, um den Kampf zwischen Waren- und Geldgläubigern zu entsche iden.[118]

Mit Recht hat v. CAEMMERER[119] zudem betont, daß die Rechtsprechung nicht in der Lage sei, dem Waren- oder dem Geldgläubiger ein

---

113) im Ergebnis so EICHHORN, Betrieb 1954, S.533, und OLG Hamburg, NJW 1959, S.102 ff (103).

114) a.a.O. S.22

115) a.a.O. S.533.

116) JZ 1953, S.93, Anm.22 117) a.a.O. S.1 ff (4)

118) so zutreffend auch CAPELLER, MDR 1956, S.137 ff (139).

119) Bundesv.dtsch.Ind., Drucks.Nr.22, S.7.

Vorrecht zu gewähren. Hier könne nur der Gesetzgeber abwägen.[120]

Daraus folgt, daß auch beim verlängerten Eigentumsvorbehalt § 185 Abs.2 Satz 2 BGB - und mit ihm das Prioritätsprinzip - entsprechend anzuwenden ist.[121]

III. Für den Durchgangserwerb bleiben die Rechtsverhältnisse zu klären zwischen dem EV-Verkäufer und den Gläubigern des K1 in der Einzelzwangsvollstreckung sowie den Gläubigern des K1 in der Generalzwangsvollstreckung, im Konkurs des K1[122].

Hätte beispielsweise G2, ein Gläubiger des K1, die zukünftige Forderung des K1 gepfändet, so würde es auf den Durchgangserwerb ankommen. Daß eine Pfändung zukünftig entstehender Forderungen nicht ausgeschlossen ist, wurde bereits oben - S.27 - dargelegt.

Komplizierter ist das Verhältnis zwischen V und den Konkursgläubigern des K1. Im Konkurs des K1 hat der Konkursverwalter wegen des zwischen K1 und V bestehenden und noch nicht erfüllten Kaufvertrages ein Wahlrecht nach § 17 KO.

a) Lehnt er die Erfüllung des Kaufvertrages ab, dann kann der V aufgrund seines Aussonderungsrechtes seine unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren nach § 43 KO wieder zurückfordern. Veräußert trotzdem der Konkursverwalter unberechtigterweise die Sachen des V, so steht dem V ein Ersatzaussoderungsrecht nach § 46 KO zu, die Konkursgläubiger können sich aus dieser Forderung nicht befriedigen.

b) Wählt der Konkursverwalter Erfüllung des Kaufvertrages, so hat V eine Masseforderung i.S. des § 59 Ziff. 2 KO. Zur Erfüllung des Vertrages gehört auch der Übergang der zukünftigen Forderung gegen K2 auf den V. V erwirbt selbst bei Durchgangserwerb die Forderung unbelastet.
Somit ist der Durchgangserwerb im Konkurs des EV-Käufers beim verlängerten Eigentumsvorbehalt belanglos.

---

120) ebenso OLG Celle, NJW 1952, S.306.

121) siehe v. TUHR, Allg.Teil, Bd.II, 1, S.392; CAPELLER, MDR 1956, S.137, 139 und Norbert O.FISCHER, a.a.O., S. 44.

122) siehe den Einführungsfall auf S.40.

Wichtig wird der Durchgangserwerb aber, wenn die Spezialregelungen der §§ 17, 48 KO nicht eingreifen. Dies zeigt ein Urteil des BGH:[123])

K1[124]) hatte V eine künftige Kaufpreisforderung aus dem beabsichtigten Verkauf eines dem K1 gehörenden Grundstückes abgetreten. K1 fiel in Konkurs. Nun wollte der Konkursverwalter des K1 das Grundstück an den K2 verkaufen. Dabei machte V geltend, daß ihm ein Aussonderungsrecht an der sich aus dem Grundstücksverkauf ergebenden Kaufpreisforderung zustehen werde. Die Lösung scheint ebenso wie die Einzelzwangsvollstreckung vom Durchgangserwerb abzuhängen und die Berechtigung zu seiner Erörterung zu geben.[125])

1. Der Zwischenerwerb kann ausgeschaltet werden, wenn die Vereinbarungen zwischen V und K1 das später zwischen K1 und K2 abzuschließende Kausalgeschäft beeinflussen. Dann braucht man gar nicht auf das abstrakte Geschäft des Forderungsüberganges einzugehen. Deshalb sollen zunächst die Möglichkeiten untersucht werden, durch Vereinbarungen, die das kausale Rechtsgeschäft betreffen, den Durchgangserwerb zu verhindern.

a) Hierfür steht im BGB die Rechtsfigur des Vertrages zugunsten Dritter zur Verfügung. Die Vereinbarung zwischen V und K1 müßte aber bewirken, daß K2 aus einem Kaufvertrag unmittelbar dem V verpflichtet wird, d.h., es könnte sich nur um einen Vertrag zu Lasten Dritter handeln. Mit Recht kennt aber das BGB keine Verträge zu Lasten Dritter, denn es kann niemand ohne seinen Willen verpflichtet werden.[126])

---

123) BGH in NJW 55, 544 = BB 55, 202.

124) Die Bezeichnungen 'K1', 'K2' und 'V' wurden aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit gewählt. Dasselbe gilt für später angeführte Tatbestände.

125) Die Rspr. und das Schrifttum lehnen überwiegend den Durchgangserwerb ab:
v. TUHR, DJZ 04, 429; - KRESZ, Schuldrecht, S. 499; STAUD.-KUHLENBECK, § 398, 1-2; RGRKomm. z. BGB, § 398, Bem. 2; PLANCK-SIBER, 4. u. 5. Aufl., § 398, Bem. 4-b-B; GRÜNEBAUM, DJZ 05, 802; - JACUSIEL, Eigentumsvorbehalt, S. 87 ff; - BLOMEYER, Allg. Schuldr. S. 296; HECK, Sachenrecht, § 57, VII; JAEGER, KonTW 30, S. 17.
aus dem jüngeren Schrifttum sind weiter zu nennen: Reimer SCHMIDT, MDR 1955, S. 448; REINECKE NJW 51, S. 447-448; HEES, MDR 1955, S. 525, 1. Sp.
Bejaht wird der Durchgangserwerb von: SIEBERT, Treuhand, S. 126 ff;

Immerhin ergibt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob nicht die Vereinbarung zwischen V und K1 gegebenenfalls in die Verpflichtung umgedeutet werden kann, den zukünftigen Kaufvertrag zwischen K1 und K2 als Vertrag zugunsten Dritter zu begründen. - Dies ist jedoch zu verneinen, denn einmal widerspricht die Konversion dem klaren Wortlaut "Abtretung der zukünftigen Forderungen". Zum anderen muß dann der beiderseitige Wille des K1 und des K2 darauf gerichtet sein, die Forderung aus dem Kaufvertrag in der Person des V entstehen zu lassen. Das aber ist nicht der Fall, denn es soll dem K2 eben nicht bekannt werden, daß Forderungen sofort in der Person des V entstehen. Gerade weil bei dem K2 keine Zweifel an der Kreditwürdigkeit des K1 aufkommen sollen, ist die Form der Sicherungsabtretung zukünftiger Forderungen gewählt worden. Eine Vermutung [127] für den Abschluß eines Vertrages zugunsten Dritter besteht selbst dann nicht, wenn das Rechtsgeschäft lediglich im Interesse Dritter vorgenommen wird.[128]

Der Durchgangserwerb läßt sich deshalb nicht mit einem Hinweis auf einen Vertrag zugunsten oder zu Lasten Dritter ablehnen.

b) Eine zweite Möglichkeit, den Durchgangserwerb aufgrund des Kausalverhältnisses zu verneinen, ergibt sich aus der Konstruktion des "Geschäftes, wen es angeht".

Für die Anwendung des "Geschäftes, wen es angeht" auf das Kausalverhältnis sind zwei Fälle zu unterscheiden:

aa) Der Kaufvertrag, den K1 mit K2 abschließt, kommt durch "Geschäft, wen es angeht" mit V zustande und

bb) der Kaufvertrag entsteht zwar zwischen K1 und K2, aber die Forderung auf Zahlung des Kaufpreises wird durch "Geschäft, wen es angeht" in der Person des V begründet.

---

LARENZ, Schuldrecht, § 30-II-4; OERTMANN, § 398, 399, Bem. 4- y; SÜSZ a.a.O., S.24; PLANCK, 3.Aufl., § 398, Bem. 4-e; v. OLMESER? Verfügung über künftige Rechte, S.217 ff; EBERHARD, Gruch. Bd. 56, S. 57, 58. aus der Rspr.: RGZ 136, 102; RG JW 13, 132; BGH NJW 55, S.541 (für den DE bei Vorausverfügungen über künftige Erfindungen) und die zust. Anm. von VOLMER, a.a.O. S.789 ff (790).

126) vgl. ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, 15. Bearbeitung, § 34 V.

127) so zutreffend SCHMITZ-BEUTING, KTS 1956, S.89 (r.Sp.).

128) so PALANDT-DANCKELMANN, § 328, 2.

Zu aa): Die Konstruktion des "Geschäftes, wen es angeht" auch auf das kausale Rechtsgeschäft anzuwenden, gestattet die Lehre vereinzelt nur für Bargeschäfte des täglichen Lebens.[129] Der Grund ist verständlich: Das Institut des "Geschäftes, wen es angeht" ist nach HM ein Fall der direkten Stellvertretung.[130] Zum Wesen der direkten Stellvertretung gehört, daß der Stellvertreter im Namen des Vertretenen auftritt. Wenn beim "Geschäft, wen es angeht" auf die Erkennbarkeit des Vertreterwillens verzichtet wird, so nur deshalb, weil dem Kontrahenten die Person des Vertragspartners gleichgültig ist. Das "Geschäft, wen es angeht" setzt Interessenlosigkeit an der Person des Vertragspartners voraus. Im vorliegenden Fall wird es dem K2 aber nicht gleich sein, wer sein Vertragspartner ist. Er kauft von dem K1 persönlich, nicht von einem Dritten. Eine andere Ansicht würde das Wesen der Kundenwerbung verkennen, die auf dem Prinzip beruht, daß gerade von dem Werbenden gekauft wird. Partner des Kaufvertrages sind somit nicht V und K2.

Zu bb): Dagegen ließe sich der Einwand denken, dem K2 müsse es doch gleich sein, wer die Forderung erwerbe, denn V werde auch ohne, daß K2 es zu hindern vermöge, durch Abtretung Gläubiger der Kaufpreisforderung.

a) Dieses Vorbringen ist aber nicht stichhaltig: Wäre es K2 wirklich gleich, mit wem er abschließen würde, dann braucht K1 nicht den Namen des V zu verheimlichen, und K2 könnte ebensogut offen mit V kontrahieren. Hier aber wird K2, weil er auf die Kreditwürdigkeit des K1 vertraut, nicht damit einverstanden sein, daß die Forderung in der Person des V entsteht.

b) Zum anderen gibt es überhaupt keinen Fall des "Geschäftes, wen es angeht", bei dem die Forderung in der Person des Dritten, hier des V, zur Entstehung gelangt, der Kaufvertrag aber mit dem K1 zustandekommt,

---

129) v. LÜBTOW, ZfHR, Bd.112, S.227 ff (241); PALANDT-HOCHE, § 929, 5-a-bb, bejahen die Anwendung auf das kausale Rechtsverhältnis; LEHMANN, Allg.Teil, § 36 IV 2 c, lehnt betr.des Eckschen "Hausdame"-Falles ab.-
SIEBERT, a.a.O. S.119, stellt in seiner dogmatischen Begründung zum "Geschäft, wen es angeht" auf das fehlende Schutzbedürfnis ab.

130) Vgl. RGZ 140, 229 und SIEBERT, a.a.O.S.120.

d enn K1 handelt als direkter Vertreter. Da er aber nur in einer Erklärung den Kaufvertrag abschließt, ist es ihm nicht möglich, zugleich im eigenen Namen aufzutreten. Deshalb ist es auch nicht verwunderlich, daß Beispiele aus der Rechtsprechung sich immer nur auf Fälle der Übereignung in Erfüllung eines bereits abgeschlossenen Kaufvertrages beziehen, niemals aber auf die Begründung von Forderungen.[131]

c) Gegen den unmittelbaren Erwerb spricht zudem - worauf SIEBERT hingewiesen hat -[132] die in § 164 BGB vom Gesetzgeber vorgesehene Regelung. Es würde eine unmittelbare dingliche Wirkung für den Zessionar anerkannt werden, obwohl der Zedent ausschließlich im eigenen Namen handelt. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der Durchgangserwerb nicht mit dem Hinweis auf eine entsprechende Regelung im kausalen Verhältnis abgelehnt werden kann.

2. Für den Durchgangserwerb sind anzuführen:

a) die unmittelbare Anwendung der Schuldnerschutzbestimmungen der §§ 406 ff BGB, die dem K2 die gegen K1 zustehenden Einreden auch dem V gegenüber erhalten. So kann etwa der K2 mit einer Forderung gegen K1 auch dem V gegenüber aufrechnen. Die Gegenmeinung kommt ohne Notwendigkeit zur analogen Anwendung.[133]

b) die rechtliche Situation im Konkurs des K1. Sie soll an dem bereits vorhin erwähnten, vom BGH entschiedenen Fall erörtert werden.

LG und BGH lehnten ein Recht auf Aussonderung ab Der BGH ging nicht näher auf den Durchgangserwerb ein, da sich jedenfalls aufgrund anderer Erwägungen ergäbe, daß die Voraussetzungen des § 15 KO hier vorlägen.

---

131) So ist es nach dem RGZ 99,208 zwar möglich, daß der Kauf im eigenen Namen, die Übereignung aber "für wen es angeht" abgeschlossen wird. Jedoch besteht kein Bedürfnis, den Kaufvertrag derart zugestalten, daß die Forderung in der Person des V entsteht. Dieser Zweck ist bereits mit der Versicherung eines Vertrages zugunsten Dritter zu erreichen.

132) SIEBERT, Treuhandverhältnis, S. 140.

133) PLANCK-SIBER, a.a.O.; v.TUHR, DJZ 1904, S.429; RIEGEL, Die vorweggenommene Sicherungsabtretung. Diss. Köln, 1938, S.32 ff (33).

Das nähme auch die HM an.[134]

Die Revision begründete ihre Auffassung mit der von der HM anerkannten Aussonderung bei aufschiebend bedingten Verfügungen, auch wenn die Bedingungen erst nach der Konkurseröffnung eintrete. Ebenso sei bei der Vorausabtretung künftiger Forderungen bereits eine Bindung vorhanden und schon ein dingliches Anwartschaftsrecht entstanden.

Wie der BGH zutreffend [135] entschieden hat, muß entgegen der reichsgerichtlichen Auffassung im Webstuhl-Fall[136] der Durchgangserwerb abgelehnt werden, wenn man die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechtes anerkennen will. Entsprechend den obigen Ausführungen ist aber bei der Vorausabtretung künftiger Forderungen noch kein Anwartschaftsrecht vorhanden, das übertragen werden könnte. Deshalb ist die Forderung vor ihrer Entstehung noch nicht aus dem Vermögen des K1 ausgeschieden. Diese Konsequenz zieht der BGH. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb auf den Durchgangserwerb nicht näher eingegangen werden muß, besagt doch § 15 KO, daß Rechte an den zur Konkursmasse gehörenden Gegenständen nach Konkurseröffnung nicht mehr erworben werden können, Mithin setzt § 15 KO einen Durchgangserwerb voraus. Wollte man dies ablehnen, bedürfte § 15 KO überhaupt keiner Prüfung. Indem der BGH in seiner Entscheidung den § 15 KO anwendet, bejaht er damit stillschweigend, daß die zukünftige Forderung aus dem Weiterverkauf des Grundstückes zur Konkursmasse zu zählen ist.

Der Begriff der Konkursmasse ist in § 1 KO näher ausgeführt. Danach fällt in die Konkursmasse das Vermögen des Gemeinschuldners, "welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört". Sicher ist damit das Grundstück des Gemeinschuldners erfaßt. Fraglich aber ist die Rechtslage bei der aufgrund des Verkaufes des Grundstückes zu erwerbenden Forderung. Diese

---

134) RG HRR 37, Nr.550; JAEGER, § 15, Anm.23; MENZEL, KO, 5.Aufl. § 15, Anm.7; ebenso MENZEL-KUHN, 6.Aufl., § 15, Anm.7; BÖHLE-STAMSCHRÄDER, § 15, Anm.4.
a.A. OERTMANN, Schuldrecht, 5.Aufl., § 399, Anm. 1 g; ARNDT, DRiZ 54, 233; siehe ferner HUFNAGEL, in NJW 52, 490 (491).

135) BGHZ Bd.20, S.88.

136) RGZ Bd.140, 225 (226).

Forderung war zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht entstanden. Formal ist sie deshalb kein Bestandteil der Konkursmasse, § 15 KO kommt daher nicht zur Anwendung.

Die Konsequenz dieses formalen Begriffes wäre, daß der Konkursverwalter zwar über die Konkursmasse zwecks Verwertung verfügen könnte (vgl. § 117 KO). Da aber der Erlös nicht mehr zur Masse gehört, würde der Verwalter sogar die Verfügungsbefugnis über den Ertrag verlieren und der Gemeinschuldner könnte nach Belieben über das Entgelt disponieren, - ein Ergebnis, das dem Konkurszweck zuwiderläuft und dessen Sinnwidrigkeit hier nicht näher dargelegt zu werden braucht. Deshalb ist es gerechtfertigt, den Begriff der Konkursmasse nach seinem materiellen Gehalt zu bilden und auch den Verwertungserlös als zur Konkursmasse gehörig zu betrachten. Dies fordert der Zweck des Konkursverfahrens, der zur gleichmäßigen Befriedigung der Konkursgläubiger führen soll. Ein Aussonderungsrecht des V wäre deshalb nur begründet, wenn er bereits ein Anwartschaftsrecht an dieser zur Konkursmasse gehörigen Forderung erworben hätte.[137]

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß auch der BGH trotz seiner gegenteiligen Feststellung im Grunde den Durchgangswerb befürwortet hat.[138]

Demgegenüber stellt die herrschende Lehre die Auffassung als gekünstelt hin, daß die Forderung wenigstens für eine logische Sekunde in der Person des Zedenten entstehe.[139] Sie sieht in der Rechtsnachfolge bei der Vorausabtretung ein Einrücken des Anspruchs des Zessionars in die dem Anspruch des Zedenten zukommende Rechtsstellung. Es sollen sich keine Bedenken ergeben, wenn diese Rechtsstellung für den Anspruch des Zedenten nur offengehalten wird, aber nicht von ihm eingenommen werden kann, weil er durch die Vorausabtretung schon in der Entstehung abgeschnitten wurde.

---

137) Norbert O.FISCHER, a.a.O., S.40, will den § 15 KO damit ablehnen, daß er noch keinen Erwerb vor Entstehen des Rechtes annimmt, es sei noch keine Bindung eingetreten, der Übertragungsakt noch nicht vollendet.

138) im Ergebnis dem BGH zustimmend FLUME, NJW 1959, S.917, Anm. 16, ohne allerdings die Problematik des Durchgangserwerbes zu untersuchen

139) v.TUHR in DJZ 04, 429; PLANCK-SIBER, 4.Aufl., § 397, Bem.1b; BRANDES, Der verl.Eigentumsvorbehalt, Diss.Göttingen, 1940, S.69

Eine solche Vorstellung ist aber mit dem Begriff der Verfügung nicht mehr vereinbar. Das Wesen der Verfügung besteht in der unmittelbaren Rechtsänderung, auch - wie oben ausgeführt wurde - das Wesen der Verfügung über künftige Rechte. Voraussetzung ist hier, daß wenigstens später das Recht entstehen kann. Ist das aber von vornherein dadurch unmöglich, weil das Recht in der Person des Dritten zur Entstehung gelangt, also ohne Durchgangserwerb, dann handelt es sich um die Begründung eines Rechtes, die aber nach ganz einhelliger Meinung keine Verfügung ist. Gerade diese dogmatischen Bedenken ergeben sich für die HM, wenn man keinen Durchgangserwerb annehmen will.

Nach der herrschenden Ansicht sollen sich ebenfalls die Entstehungsvoraussetzungen nach der Person des Zedenten, nicht nach der des Zessionars beurteilen - ein schwer zu verstehender Vorgang! Wenn man einen Durchgangserwerb ablehnt und den Zessionar schon vor Entstehung der Forderung in die Rechtsstellung des Zedenten einrücken läßt, dann hat die Person des Zedenten keine Bedeutung mehr.

c) Außerdem sprechen für den Durchgangserwerb praktische Erwägungen betr. der Schenkung. Nach § 517 liegt eine Schenkung nicht vor bei Unterlassen des Vermögenserwerbes. Demnach wäre bei der Verfügung über künftige Rechte auch eine Schenkung nicht möglich.[140]

---

140) vgl. SIEBERT, a.a.O., S.140, Anm.66; das gleiche ist zur Gläubigeranfechtung zu sagen. - Ein weiteres Argument ergibt sich aus § 392 Abs.2 HGB: Beim Kommissionsverhältnis hielt es der Gesetzgeber für erforderlich, - eben wegen des Durchgangserwerbes - eine besondere Regelung zu treffen.
SIBER (bei PLANCK-SIBER, § 398, 4b) führt zur Begründung der HM noch folgendes Argument an: Eine im voraus abgetretene Forderung gelange ebensowenig zunächst in der Person des Zedenten zur Entstehung und gehe dann erst auf den Zessionar über wie eine im voraus erlassene künftige Forderung entstehe, um im gleichen Augenblick wieder zu erlöschen. -
Der Erlaß einer künftigen Forderung ist jedoch - wie Norbert O. FISCHER (a.a.O. S.32) überzeugend ausgeführt hat -, kein Erlaß. Wird beim "Verkauf" einer Sache dem Käufer schon vorher die Kaufpreisschuld "erlassen", so handelt es sich bei der Übergabe der "verkauften" Sache in Wahrheit um eine Schenkung. Erläßt

Sämtliche angeführten Gründe verlangen somit nicht nur aus praktischer, sondern auch aus dogmatischer Notwendigkeit den Durchgangserwerb. Nunmehr ist noch auf die Interessenlage einzugehen.

3. Daß mit dem Institut des Durchgangserwerbes nicht die Frage beantwortet werden kann, ob man dem Bank- oder dem Warengläubiger den Vorzug zu geben hat, wurde bereits oben ausgeführt.-

Indessen drängt sich die Frage auf, ob es gerechtfertigt ist, dem Pfändungspfandgläubiger G2 gegenüber dem EV-Verkäufer V eine bevorzugte Stellung zu geben, was für den vom BGH entschiedenen Fall bedeuten würde, daß die Konkursgläubiger dem V vorgehen. - Beim Durchgangserwerb stehen sich Pfändungspfandgläubiger und Konkursgläubiger am besten, - ein Ergebnis, das die HM gerade vermeiden will. Nur dann kann nach ihr die künftige Forderung als Kreditmittel verwendet werden, wenn sie nicht mit dem Pfändungspfandrecht belastet erworben wird. Diese Ansicht verkennt aber, daß der EV-Verkäufer als Kaufmann bei jedem Geschäft ein gewisses Risiko zu tragen hat. Er könnte ja ebenfalls die zukünftigen Forderungen pfänden. Diese Maßnahme unterläßt er aber, um seinen Käufer nicht zu verärgern und zu verlieren. Eine schonende Behandlung des K1 enthält für ihn die Aussicht, später einen Dauerkunden zu bekommen. Das ist für ihn ein nicht zu unterschätzender geschäftlicher Vorteil! Wenn nun in der Zwischenzeit die zukünftige Forderung möglicherweise gepfändet wird, so ist dieser Nachteil der Stellung des V als Kaufmann und dem damit verbundenen Risiko angemessen.

Auch die vom reinen Interessenstandpunkt ausgehende Untersuchung zeigt also, daß bei der Verfügung über künftige Rechte ein Durchgangserwerb nicht zu unbilligen Ergebnissen führt.

---

der Gläubiger die künftige Forderung als Gegenleistung für eine andere Leistung des Schuldners, so ist der Gläubiger von vornherein mit dem Nichtentstehen seiner Forderung einverstanden. Auch nach dem RG (RGZ Bd. 124, S. 326, 148, S.262) kann nur eine bereits bestehende Forderung erlassen werden. Beim Erlaß einer künftigen Forderung entsteht sie gar nicht erst.

## § 6: Der Durchgangserwerb bei der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung

I. Die Untersuchung über den Durchgangserwerb kann nicht abgeschlossen werden, ohne den Sachverhalt zu erörtern, bei dem der Durchgangserwerb die praktisch größte Rolle spielt und der immer wieder Gegenstand der AGB geworden ist; den Durchgangserwerb bei Vermischung, Verbindung und - vor allem - Verarbeitung der Vorbehaltsware durch den Käufer.

Meistens sind Vorausabtretungsklauseln mit sog. Vermischungs- und Verarbeitungsklauseln gekoppelt. Typisch sind die oben [141] zitierten AGB der Lack- und Farben-Industrie. Das Interesse an solchen Klauseln wurde schon erwähnt: [142] Der Eigentumsvorbehalt versagt als Sicherungsmittel, wenn die gelieferte Ware zu einer neuen Sache verarbeitet wird. Bank-Gläubiger und Pfändungspfand-Gläubiger warten nur auf diesen Augenblick, um die neue Sache als willkommenen Sicherungs- bzw. Befriedigungsgegenstand für ihre Forderungen gegen den Vorbehaltskäufer zu verwenden. Dagegen schützt sich der Warenlieferant: "Die Verarbeitung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren erfolgt für mich" oder "Ich werde sofort Eigentümer der verarbeiteten Ware" [143] oder "Durch Vermischung oder Verbindung geht mein Eigentumsvorbehalt nicht verloren".

Hier erhebt sich die Frage, ob derartige Klauseln geeignet sind, einerseits den Lieferanten wirksam zu sichern und zum anderen die Bank- und Pfändungs-Gläubiger an der Verwertung der vermischten bzw. verarbeiteten Sache zu hindern. Die Antwort hängt nicht zuletzt vom Durchgangserwerb ab.

---

141) siehe oben S.4 .Daß ein EV auch an verbrauchbaren Sachen bestehen kann und nicht in Widerspruch steht mit der Ermächtigung zur Verarbeitung, ist heute gesicherte Meinung.(Vgl.RG JW 1929. S.21164 ff(2165);KG JW 1932, S. 2634, Nr.7; STULZ, Der EV im in- und ausländischen Recht, 1930, S.17 ff.

142) siehe oben S.9 .

143) Ähnliche Formulierungen:"Ein Eigentumserwerb des Käufers an der Vorbehaltsware gemäß § 950 BGB im Falle der Verarbeitung der Vorbehaltsware zu einer neuen Sache ist ausgeschlossen". (zit.nach Ziff.3 der von FLUME, NJW 1950, S.850, vorgeschlagenen AGB).

II, 1. Besonders im Handel mit Baustoffen finden sich häufig AGB, daß der Eigentumsvorbehalt durch den Einbau der gelieferten Stoffe nicht verlorengeht.[144] Werden die Baumaterialien durch die Verbindung mit dem Grundstück dessen wesentliche Bestandteile, so erwirbt nach der zwingenden Vorschrift des § 946 BGB [145] der Grundstücks-Eigentümer auch das Eigentum an den Baustoffen. Durch bloße Vereinbarung kann nicht bestimmt werden, ob die eingebauten Gegenstände wesentliche Bestandteile des Grundstücks werden oder nicht.[146] Der Eigentumsvorbehalt des Lieferanten geht somit durch den Einbau verloren.

2. Werden Vorbehaltswaren mit anderen beweglichen Sachen - untrennbar - verbunden oder vermischt, so daß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so sind , - wenn keine der miteinander verbundenen Sachen als Hauptsache anzusehen ist -, schon kraft Gesetzes, nach §§ 947 I, 948 BGB, die bisherigen Lieferanten anteilmäßig Miteigentümer. Vertraglich können die - den einzelnen Lieferungen zukommenden - Quoten nicht abgeändert werden.[147] Die etwaige Sicherungsübereignung an eine Bank wäre nach § 933 BGB unwirksam.

Ist dagegen eine Sache als Hauptsache anzusehen, so erwirbt nach § 947 II, 948 BGB der Eigentümer der Hauptsache auch das Eigentum an den - mit ihr verbundenen- Nebensachen. [148]

---

144) vgl. ARNDT, DRiZ 1952, S.20.

145) ganz HM, statt vieler vgl. WESTERMANN, Sachenrecht, § 52, I-3.

146) vgl. WESTERMANN, a.a.O., der ausführt, der Käufer einer Maschine könne nicht erklären, er baue die Maschine nur zu einem vorübergehenden Zweck ein, um so gemäß § 95 die Bestandteilseigenschaft und damit § 946 auszuschalten. Der tatsächlichen Zweckbestimmung gegenüber sei die Erklärung bedeutungslos.

147) so WESTERMANN, a.a.O., § 52, I-3; - a, A. KG JW 30, S.2798; mit WESTERMANN ist aber solchen Abreden nur nach den §§ 929 ff BGB Bedeutung zuzumessen. Es handelt sich also um sofortige rechtsgeschäftliche Veränderungen des Eigentums.

148) Was als Hauptsache anzusehen ist, richtet sich nach der Verkehrsanschauung (WESTERMANN, a.a.O. § 52, II-2-b, und die Kommentare zu § 947 BGB). Daß eine Änderung durch Parteivereinbarung nicht erfolgen kann, ergibt sich aus der zwingenden Natur des § 93 BGB. - Auf weitere Streitfragen zu §§ 947, 948 BGB kann hier nicht eingegangen werden.

III, 1. Die Eigentumslage nach der Verarbeitung hat der Gesetzgeber in § 950 geregelt. Danach erwirbt der Hersteller das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes, Ein Eigentumsvorbehalt erlischt gemäß § 950 Abs. 2. In der folgenden Erörterung soll - wie in den typischen Fällen der Praxis - davon ausgegangen werden, daß "nicht der Wert der Verarbeitung ... erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes" [149]. Nur wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 950 erfüllt sind, ist der Durchgangserwerb umstritten.

Wer § 950 als jus dispositivum ansieht, kann die Folge des § 950 durch Vertrag abwenden. Die Sicherung des Vorbehaltslieferanten bleibt an der neuen Sache erhalten.

Wer dagegen mit § 950 die Vorstellung eines jus cogens verbindet, muß normalerweise den Verarbeitenden als Hersteller betrachten und damit zum Eigentümer der neuen Sache machen. Ein Durchgangserwerb ist ausgeschlossen, wenn eine Analyse des in § 590 geregelten Interessenkonfliktes ergibt, daß der Begriff des Herstellers nicht notwendigerweise auf den Verarbeitenden beschränkt ist, sondern auch auf den Lieferanten zutrifft. [151]

---

149) Der Wert der Verarbeitung bildet die Differenz zwischen dem Wert des neuen Erzeugnisses und dem Wert des Ursprungstoffes (so RGZ Bd. 144, S.240; OGHZ Bd.3, S.351; WESTERMANN, a.a.O. § 53, II-4).

150) Kennzeichen für eine neue Sache: der Name (Bsp.: Getreide-Mehl-Brot; Erz-Halbzeug-Fertigfabrikate), daneben kann eine neue Form als Indiz herangezogen werden (vgl.zu diesen Fragen WESTERMANN, Sachenrecht, § 53, II-3). Entscheidend ist letztlich auch hier die Verkehrsauffassung (OLG Köln, Urt.v.31.3.1950, Feuerh.Dtsch. Rspr.I (150) 1001).

151) STAUD.-KOBER, § 950, Anm.15, meinen: Es könne auch vereinbart werden, daß der Käufer die Ware nicht für sich, sondern 'für' den Lieferanten verarbeite; dieser sei also als 'Hersteller' und Eigentümer der neuen Sache anzusehen.
Mit Recht führt dazu FLUME, NJW 1950, S.850, Anm.48, aus: Bei einer Abdingbarkeit des § 950 sei die Vereinbarung, - der Käufer solle die Verarbeitung 'für' den Lieferanten vornehmen-, überflüssig und unnütz.Sie sei nur dann sinnvoll, wenn § 950 uneingeschränkt zur Anwendung kommen solle.

2. Die Begründungen für die Abdingbarkeit des § 950 BGB sind verschieden.[152]

a) Nach FLUME[153] regelt § 950 BGB ausschließlich den Konflikt der rechtlichen Interessen zwischen Stoffeigentümer und Verarbeiter. Interessen Dritter würden nicht berührt. Ein solcher Konflikt ergibt sich nicht, wenn die Eigentumsverhältnisse durch Vereinbarung zwischen Stoffeigentümer und Verarbeiter im voraus bestimmt sind. Deshalb sei § 950 BGB insoweit überflüssig.

b) Nach einem großen Teil der Rechtsprechung[154] und der Lehre[155] beruht die Eigentumsregelung des § 950 BGB nicht wie die des § 947 BGB auf rechtsbegrifflichen Notwendigkeiten,[156] sondern ist von dem Gedanken getragen, demjenigen, der einen oder mehrere Stoffe zu einer neuen Sache gleichen oder höheren Wertes umgestaltet, das Ergebnis seiner Arbeit zu sichern.

---

152) Die Ansicht des 32.Dtsch.Juristentages (1921), § 950 BGB durch eine Novelle für dispositives Recht zu erklären, ist nicht zum Gesetz geworden: vgl. dazu Verhandlungen des 32.Dtsch.Juristentages, S. 226, und Drucksachen des Dtsch.Reichstages, III.Wahlperiode 1924/26, Nr.1811 (Antrag Keinath und Genossen), - vgl.weiter hierzu M. WOLFF, Sachenrecht, 7.Bearb.1927, § 73, Anm.5, sowie FRÄNKEL, DJZ 1922, S.415.
Für eine vertragliche Abdingbarkeit der Wirkungen des § 950 BGB: M.WOLFF, a.a.O., Anm.5;FLUME, NJW 1950, S.843; HAEGELE, Eigentumsvorbehalt - Sicherungsübereignung, 2.Aufl., 1951, S.38; SCHOLZ, Das Recht der Kreditsicherung, 1952, S.252 ff(253); GESZLER-HEFERMEHL, Komm. z.HGB, 2.Aufl., 1953, Anh.zu § 368, Anm.22; LUDEWIG, Betrieb 1951, S.932.
Dagegen: WESTERMANN, a.a.O., § 53; PALANDT-HOCHE, § 950, 3; PLANCK-BRODMANN, § 950, 1-c; BRÜCKNER, a.a.O., S.16 ff; SCHAGEN, Verarbeitung von unter Eigentumsvorbehalt gekauften Waren, Diss.Tübingen 1932, S.53 ff; JACUSIEL, Der Eigentumsvorbehalt, 1932, S.25; Norbert O.FISCHER, a.a.O., S.91.

153) in NJW 1950, S.843; ebenso LUDEWIG, Betrieb 1951, S.932.

154) vgl. RGRKomm.z.BGB, § 950, Anm.1; LG Braunschweig, MDR 1950, S.738 ff(739, r.Sp., 740 l.Sp.) § 950, Anm.3.

155) STAUD.-BERG, § 950, Anm.1; ERMAN-HEFERMEHL, § 950, Anm.3.

156) Gegen eine begriffliche Notwendigkeit der Regelung in § 950 BGB hat WIEACKER, RABEL-Festschr.II, S.263 ff, auf den Streit im klas-

Auch nach dieser Auffassung erwirbt der Stofflieferant Eigentum aufgrund rechtswirksamer Vereinbarung.[157]

Gegen die Annahme eines jus dispositivum ist anzuführen, daß es zweifelhaft erscheint, ob der Gesetzgeber in der festen Systematik der Erwerbsgründe wirklich den Beteiligten die Ausschaltung eines gesetzlichen und die Schaffung eines gewillkürten Erwerbsgrundes überlassen wollte.[158] Zudem sind Klarheit und Offenkundigkeit, - zwei unser Sachenrecht beherrschenden Grundsätze! - , nur dann gewahrt, wenn die in § 950 vorgesehene Regelung beachtet wird. Schließlich kann man, - worauf Norbert O.FISCHER [159] hinweist-, die zwingende Natur eines Rechtssatzes nicht mit dem Argument verneinen, es seien noch andere Lösungen denkbar und wenn alle Betroffenen einverstanden seien, dann tauche ein Interessengegensatz nicht auf. -

3. Ebensowenig überzeugt die sonstige Begründung der Rechtsprechung, daß der Eigentumserwerb durch Spezifikation zwar keinen Erwerbswillen des Verarbeitenden voraussetze, gegen seinen Willen aber nicht eintrete.[160]

Ob man hierin eine Anerkennung der dispositiven Natur des § 950 BGB erblicken kann, erscheint zweifelhaft. Man wird aber nur dann zu einem Eigentumserwerb des Stofflieferanten gelangen können, wenn man dem Verarbeitenden rechtlich die Befugnis zugesteht, den Stofflieferanten zum Eigentümer zu machen. Da indessen die neue Sache mit dem Herstellungsstoff nicht identisch ist, folgt aus dem unterbliebenen Erwerb des Verarbeitenden keineswegs ein Eigentumserwerb des Stoffeigentümers.[161]

---

sischen römischen Recht zwischen den Sabinianern und den Prokulianern hingewiesen. Die Sabinianer entschieden sich mit der alten Lehre für den Stoffeigentümer, die Prokulianer für den Verfertiger.

157) RG JW 1936, S.2882; STULZ, JW 1930, S.2771; KOCH, BankArch., Bd. 20, S.92; - WOLFF-RAISER, § 73, vor I, vertreten mit Recht die Ansicht, daß die Bedeutung des § 950 nicht auf sozial-, sondern auf wirtschaftspolitischem Gebiet liege.

158) so ZEUNER, JZ 1955, S. 196 159) a.a.O., S.79

160) OLG Hamburg, SeuffArch. Bd. 71, Nr. 255, S. 448; RGZ Bd. 161, S. 113 unten; v. BONIN. ArchBürgR, Bd. 38, S. 121; RGRKomm. z. BGB, (10. Aufl.), § 950, Anm. 2; COSACK-MITTEIS, Lehrb. des bürgerlichen Rechts, 7. u. 8. Aufl., 1924, Bd. II, S. 175.

161) so ZEUNER, a.a.O., S.196. - Das folgt auch aus der in § 976 BGB enthaltenen Regelung, nach der bei einem Verzicht des Finders auf sein

Es ergibt sich noch ein anderes Bedenken: Auch ein Geschäftsunfähiger kann Eigentum durch Verarbeitung erwerben, denn es handelt sich bei der Verarbeitung um einen Realakt.[162] Da es aber bei einer Tathandlung auf den Willen nicht ankommt, kann die Abstellung auf den Willen allein der Eigenart der Verarbeitung nicht gerecht werden. WESTERMANN meint zutreffend, der Wille als leicht wechselbares subjektives Moment sei in dem objektiv bestimmten § 950 noch kein geeignetes Merkmal, um allein den Ausschlag zu geben.[163]

Die Ansichten der Rechtsprechung und von FLUME können aus diesen Erwägungen nicht geteilt werden.

4. Den Vertretern der Abdingbarkeitstheorie ist darüber hinaus vorgeworfen worden,[164] sie hätten keine geeigneten Wege für die Begründung der Rechte in der Person des Lieferanten gefunden.

Die Klausel "auch bei Verarbeitung bleibt das vorbehaltene Eigentum für uns bestehen" vermöge nicht den Erwerb des Eigentums an der neuen Sache durch den Lieferanten zu erklären. Der Begriff der Neuheit der entstehenden Sache sei nicht willkürlich abänderbar. Man müsse diesen Begriff als ein Phänomen der Sachlogik ansehen. Deshalb könne die Rechtslage nicht so beurteilt werden, als habe eine Verarbeitung gar nicht stattgefunden.

Die Klausel "der Eigentumsvorbehalt erstreckt sich auch auf die verarbeitete Ware" könne nur dahin verstanden werden, daß die neue Sache anstelle des untergegangenen Ursprungsstoffes - als "Surrogat" - in das alte Eigentumsverhältnis eintrete. Eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Surrogation kenne aber unser geltendes bürgerliches Recht nicht.

---

Aneignungsrecht die Gemeinde des Fundortes zur Aneignung berechtigt wird. Die gegenteilige Argumentation von v.BONIN, ArchBürgR, Bd.38, S.121 ff, und vom KG, JW 1930, S.2798, vermag den Eigentumserwerb des Lieferanten nicht zu erklären.

162) heute HM: WESTERMANN, a.a.O., § 53, II-1, ERMAN-HEFERMEHL, § 950, 2-b; RGRKomm.z.BGB, § 950, 2; STAUD.-BERG, § 950, Bem.12; WOLF-RAISER, § 73, III; ZEUNER, JZ 1955, S.195; BIERMANN, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3.Aufl., 1914, § 950, 1-e.

163) a.a.O., §53, III-2-d (S.258).

164) Norbert O.FISCHER, a.a.O., S.82 ff, im Anschluß an BRÜCKNER, a.a.O., S.21 ff, und SCHAGEN, a.a.O., S.46 ff.

Die Kritik an den Klauseln erscheint nicht überzeugend. Zwar deutet der Wortlaut der Klauseln darauf hin, daß es sich entweder um eine Abänderung des Begriffs der neuen Sache oder um eine Surrogation handelt.Doch muß der Kritik entgegengehalten werden, daß - wenn die dispositive Natur des § 950 bejaht wird - die Vereinbarung in den AGB ausgelegt werden müßte. Bei einer Auslegung läßt sich jedoch ohne Mühe nach § 157 schließen, daß es den Vertragspartnern darauf ankam, den Lieferanten sofort das Eigentum zu verschaffen, auch wenn sie sich in der Formulierung vertan haben sollten.

5. Es kann somit nur eine Lösung im Rahmen des § 950 BGB selbst gefunden werden. Wie aber [165] schon dargelegt wurde, kommt es entscheidend darauf an, wer Hersteller ist.

a) In einem großen Industriebetrieb setzt sich die Verarbeitung aus einer großen Anzahl von Einzelakten zusammen, die von verschiedenen Arbeitern vorgenommen werden. Es ist unmöglich zu sagen, wer von ihnen als Hersteller anzusehen ist.

Nach WESTERMANN[166] ist die Verarbeitung im Unternehmen im Zusammenhang mit dem Begriff des Besitzers zu betrachten. Wie die soziale Stellung für den Besitzdiener keinen Besitz entstehen läßt, sondern nur für den Besitzherrn, so müßten bei § 950 BGB die Rechtswirkungen in der Person des Unternehmers eintreten.

Man kann auch der Ansicht sein, daß dem Unternehmer, den ja Vorteil und Gefahr von Erfolg oder Mißerfolg der produktiven Tätigkeit trifft, auch der Arbeitserfolg zukommen soll.

Beide Überlegungen sind zutreffend:[167] entscheidend ist die soziale Stellung des Unternehmers. Durch die Schaffung des § 855 BGB hat der Gesetzgeber nur den Besitzherrn für schutzwürdig angesehen. Das gleiche gilt auch für die Verarbeitung. Hersteller ist deshalb grundsätzlich der Unternehmer, wenn die Verarbeitung von sozial abhängigen Arbeitskräf-

---

165) siehe oben S.58

166) a.a.O., § 53, III-2-c (S.257).

167) vgl. BRODMANN, JherJb. Bd.79, S.128 ff (S.134), ihm folgend Norbert O.FISCHER, a.a.O., S.85.

ten vorgenommen wird. Diese Lösung entspricht der Lebensauffassung und der wirtschaftlichen Vernunft.[168]

b) Bestritten ist, wer "herstellt", wenn kein soziales Abhängigkeitsverhältnis vorliegt.

aa) Daß eine andere Person als der verarbeitende Unternehmer Hersteller sein und damit Eigentum an der neuen Sache unmittelbar erlangen kann, ergibt sich aus einem Vergleich der Regeln des Werkvertrages mit denen des Werklieferungsvertrages. Mit Recht folgert man [169] aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber für den Werkvertrag im Gegensatz zum Werklieferungsvertrag nicht die Pflicht zur Verschaffung des Eigentums an der neuen Sache vorsieht, der Besteller werde unmittelbar Eigentümer der neuen Sache. [170]

bb) ZEUNER gelangt zu dem Ergebnis, daß auch bei der Verarbeitung von EV-Ware ein Eigentumserwerb des EV-Verkäufers möglich sein müsse. Er behandelt den § 950 als ein reines Zurechnungsproblem. Ei-

---

168) Daß der Gesetzgeber unter Verarbeitung nicht die eigenhändige Verarbeitung verstanden wissen wollte, ergibt sich aus den Protokollen zum BGB: Das "Herstellenlassen" und das "Herstellen" in § 950 stünden rechtlich gleich: so Prot. III, S.242 f; MUGDAN, Materialien, Bd.III, S.646. - Das Ergebnis entspricht der HM: vgl. OGHZ Bd.2, S.389 ff; OLG Hamburg, HEZ Bd.3, S.30 ff; STAUD.-BERG, § 950, 13; BALLERSTEDT, JZ 1953, S.389 ff (S.390).

169) vgl. ZEUNER, a.a.O., S.196, r.Sp.; im Ergebnis ebenso COSACK-MITTEIS, II, S.175; LENT, Sachenrecht, § 33, V; STAUD.-BERG, § 950, Bem.14; so der BGH NJW 1952, S.661 ff (662) (für das Urheberrecht); das RG HRR 1928, Nr.1806 (Seifenlieferung seitens eines Dritten).

170) Für den Eigentumserwerb des Bestellers ist ferner auf § 647 BGB hinzuweisen. Das Pfandrecht des Unternehmers wäre wenig sinnvoll, wenn nicht der Besteller Eigentum an dem Stoffe erwürbe. - WOLFF-RAISER, Sachenrecht, S.273, Anm.16; RÜHL, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, 1930, S.136; TASCHE, Fremdwirkende Spezifikation, ihr Umfang und Wesen, Diss. Göttingen, 1920, S.25; BRODMANN, JherJb. Bd.79, S.134 ff; LANDSBERG, JherJb. Bd.83, S.152 und Norbert O. FISCHER a.a.O., S.87 betonen demgegenüber, daß aus der systematischen Stellung des § 647 BGB kei-

nen solchen Tatbestand, in dem Zurechnungsverhältnisse eine Rolle spielten, finde man zunächst in der Besitzdienerschaft des § 855 BGB. Die Innehabung der Sache werde im Falle des § 855 BGB dem Besitzer zugerechnet. Innehabung sei aber nicht lediglich eins statischer Zustand aufgrund einer räumlichen Beziehung. Sie enthalte auch ein Element der Einwirkung auf die Sache. Dies bestimme auch das Wesen der Verarbeitung. Innehabung und Verarbeitung seien deshalb aufs engste verwandt. Die Verarbeitung sei eine besondere Form der Innehabung.

ZEUNER will nun die Fälle der Fremdspezifikation außerhalb eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses mit Hilfe des § 868 BGB klären. Nach § 868 BGB ist in bestimmten Fällen, in denen jemand gegenüber einem anderen auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, auch der andere Besitzer. Besitz setzt nach § 854 BGB tatsächliche Gewalt über die Sache voraus. Der mittelbare Besitzer selbst aber hat die tatsächliche Gewalt nicht. Deshalb könne sein Besitz nur darauf beruhen, daß ihm die tatsächliche Gewalt des unmittelbaren Besitzers kraft des zwischen beiden bestehenden Besitzmittlungsverhältnisses zugerechnet werde. Da nun die Verarbeitung als besonders gearbeitete Ausübung der tatsächlichen Gewalt anzusehen sei, werden die in § 868 angeordnete Zurechnung zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer auch bei der Verarbeitung einer Sache wirksam. Voraussetzung sei nur, daß die Verarbeitung im Rahmen eines der in § 868 umschriebenen Verhältnisse vorgenommen werde, der Besitzmittler also berechtigt oder verpflichtet sei, im Rahmen seines zeitweiligen Besitzes die Sache zu verarbeiten.

Die Argumentation ZEUNERs ist von bestechender Einfachheit. Gleichwohl ist sie nicht bedenkenfrei. Nach ZEUNERs Auffassung dürfte der Besteller dann kein Eigentum erlangen, wenn der Unternehmer erklärt, er wolle den ihm von dem Besteller gelieferten Stoff für sich verarbeiten. Dann wäre nach HM ein Besitzmittlungsverhältnis nicht mehr vorhanden. [171] Das aber wäre mit dem Sinn der werkvertraglichen Vorschriften nicht zu vereinbaren, denn das Gesetz kennt bei einer Verar-

---

neswegs ein Eigentumserwerb des Bestellers folge, vielmehr sei ein Eigentumserwerb an die Voraussetzungen des § 950 BGB geknüpft. - Diese Auffassung ist zwar nicht unlogisch, sie berücksichtigt jedoch nicht, daß - darauf wurde bereits hingewiesen - nur beim Werklieferungsvertrag eine Pflicht zur Verschaffung des Eigentums vom Gesetzgeber vorgesehen ist.

171) vgl. statt vieler PALANDT-HOCHE, § 868, 4-c.

beitung aufgrund eines Werkvertrages keinen Fall, in dem der Verarbeiter Eigentum erlangen könnte. Der Gesetzgeber stellt nicht auf den Willen ab, einem anderen den Beitz zu vermitteln. Es würde niemand verstehen, wenn der Schneider Eigentum an einem Stoff erlangen könnte, den er von dem Bestellter erhalten hatte und den er dem Besteller - verarbeitet - zurückzugeben hat. Mit anderen Worten: Wenn ein Vertrag nicht seiner ganzen Struktur nach darauf angelegt ist, daß der gelieferte Stoff weiter veräußert wird, dann erhält der bisherige Eigentümer das Eigentum auch an der neuen Sache. Diese Ansicht hat den Vorzug, daß der Vertragsbruch des Unternehmers gegenüber dem Besteller nicht noch durch den Eigentumserwerb belohnt wird. ZEUNERs Ansicht kann deshalb nicht überzeugen.

cc) RÜHL [172] sieht den Verarbeiter als einen Gehilfen des Stoffeigentümers an. Die Rechtsfolgen sollen in der Person des Stoffeigentümers nur eintreten, wenn zwischen dem Fabrikanten und dem EV-Verkäufer ausdrücklich vereinbart ist, daß dieser für jenen die neue Sache herstellt. Der Fabrikant sei also Geschäftsführer des Stoffeigentümers.

RÜHLs Ansicht kann en tgegengehalten werden, daß es nicht möglich ist, bei einer solchen Auslegung § 950 BGB noch als zwingendes Recht anzusehen. Außerdem ist es sehr unwahrscheinlich, daß sich ein Fabrikant zu seinem EV-Verkäufer in ein solches Abhängigkeitsverhältnis begeben wird. FLUME [173] bemerkt zutreffend, das Haften am Wortlaut der Vereinbarung sei nichts als bloße Wortklauberei. [174]

---

172) RÜHL, a.a.O., S.137, 138; - ebenso im Ergebnis RGZ Bd.72, S.281 ff (S.285); KG OLGRspr. Bd.26, S.60; RGRKomm.z.BGB, § 950, Anm. 28; vgl. auch die Kritik von BRÜCKNER, a.a.O., S.38 ff (insbesondere S.59 ff), der mit Recht auf die verschiedene rechtliche Struktur des Werk- oder Dienstvertrages und des Kreditverhältnisses hingewiesen hat.

173) a.a.O., S. 844, l. Sp.

174) Früher (DERNBURG, Das Bürgerliche Recht des Dtsch.Reiches und Preußens, Bd.1, 1902, § 161, IV, u.Bd.3, § 109, Anm.13; KOHLER, JherJb.Bd.18, S.134) wurde eine Verarbeitung durch Vertreter bejaht und der Lieferant als Hersteller bezeichnet. - Eine Vertretung ist jedoch nur bei Rechtsgeschäften, nicht aber bei Realakten möglich.

dd) Ein Durchgangserwerb kann auch nicht etwa mit dem Hinweis auf eine Übertragung des Anwartschaftsrechtes des Verarbeiters auf Erhalt des Eigentums an der neuen Sache verneint werden. Hiergegen sprechen die gleichen Bedenken, wie sie oben angeführt worden sind.[175]

ee) Mit Recht hat WESTERMANN[176] nur dann eine Verarbeitung für einen anderen bejaht, wenn - nach objektiven Gesichtspunkten! - der verarbeitende Betrieb in der Regel für andere tätig wird und sein Gewinn nur in dem Lohn für die Verarbeitung besteht.

Kauft der Unternehmer die Stoffe aber auf eigene Rechnung, um sie nach Verarbeitung wieterzuverkaufen, dann ist er Hersteller.[177]

Bei § 950 handelt es sich mit WESTERMANN[178] um eine typische Zuordnungsnorm. Aus § 951 ergibt sich, daß das Gesetz zwar eine Rechts-, aber keine Vermögensverschiebung herbeiführen will.

Somit erwirbt der Hersteller in allen Fällen das volle Eigentum. Der EV-Verkäufer kann sich nur dadurch sichern, daß er sich die neue Sache zur Sicherheit übertragen läßt.[179]

Auch bei der Verarbeitung findet demnach ein Durchgangserwerb statt.

IV. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse:

1. Die Vorausabtretung künftiger Forderungen ist zu bejahen in Analogie zu § 185 II 1 BGB.
2. Die Partner des Abtretungsvertrages können nach Vereinbarung des verlängerten Eigentumsvorbehaltes nicht mehr widerrufen.
3. Der Zessionar wird Gläubiger der Forderung im Wege des Durchgangserwerbes. Ebenso findet bei der Verarbeitung der Vorbehaltsware ein Durchgangserwerb statt.

---

175) vgl. oben S.52

176) a.a.O., § 53, III-2-e.

177) Im Ergebnis ebenso MÜNZEL, MDR 1951, S.132; LUDEWIG, Betrieb 1951, S. 932

178) a.a.O., § 53, I-2

179) a.a.O., § 53, III-2-e; BRÜCKNER, a.a.O., S.66 ff, und ihm folgend Norbert O.FISCHER, a.a.O., S.89. prüfen neben dem Ausschluß der Wirkung des § 950 BGB noch folgenden Vorschlag der IHK Bremen, wiedergegeben bei GEILER, Verhandlungen des 32.Dtsch.Juristentages (1921), Bd.II, S.199: Lieferant und Käufer vereinbaren ein Gesellschaftsver-

## 2. Kapitel : Bestimmbarkeit und Bestimmtheit

### § 7: Die Rechtsprechung zur Zession von künftigen und gegenwärtigen Forderungen

I. Wer den Durchgangserwerb bei der Vorausabtretung und bei der Verarbeitung bejaht, hat indes noch nicht das Problem gelöst, das bis heute Rechtsprechung und Schrifttum nicht hat zur Ruhe kommen lassen: - Die Frage, in welcher Weise bei dem verlängerten Eigentumsvorbehalt die Forderung bei der Vorausabtretung und die - zur Sicherheit übereignete - Ware nach der Verarbeitung bestimmt sein müssen.

Ein praktischer Fall zur Vorausabtretung möge die Problematik veranschaulichen:

> Der Fabrikant E verkauft an V unter Eigentumsvorbehalt 100 kg Nägel zum Preise von 300,-- DM und vereinbart, daß V dem E die aufgrund der Weiterveräußerung der Nägel entstehenden Forderungen zur Sicherheit abtritt. V veräußert davon 25 kg an Z, - zusammen mit Nägeln anderer Lieferanten, für insgesamt 595,- DM, das kg Nägel zu 4,5o DM. - Ein halbes Jahr später fällt V in Konkurs.
> E klagt gegen den Konkursverwalter des V auf Feststellung, daß er Inhaber der Forderung gegen Z in Höhe von 595,- DM geworden ist.
> Der Richter müßte überlegen, ob E Forderungen in Höhe seines 25-kg-Anteils, d.h., in Höhe von 75,-- DM, erworben hätte oder in Höhe von 75,-- DM zuzüglich des anteiligen Gewinnaufschlages des V oder in Höhe der gesamten 595,- DM. Er hätte auch zu prüfen, ob es erheblich wäre, daß die Abtretung in einem Einzelvertrag oder in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten war. Möglich wäre auch, daß gar keine Antretung erfolgt ist, weil die abzutretende Forderung nicht "bestimmt" und auch nicht "unbestimmbar" ist.

---

hältnis. Der Käufer soll die Waren als Gesellschafter für die Gesellschaft verarbeiten und diese dann Eigentümerin des fertigen Produktes werden. - Eine solche Vereinbarung ist jedoch für die Praxis nicht verwendbar, da sie zu risikoreich ist. Die Kontrahenten würden für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Sie ist außerdem zu unpraktisch. (BRÜCKNER und FISCHER a.a.O., lehnen die Klausel ebenfalls ab)

Die Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit ist aber nicht nur ein Problem bei der Abtretung zukünftiger Forderungen. - Die gleiche Frage stellt sich bei der Zession gegenwärtiger Forderungen. Auch wer sich Waren zur Sicherheit übereignen läßt, muß sich mit der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit auseinandersetzen, gleichviel ob die Sachen bereits vorhanden sind oder erst künftig erworben werden.

Der Grund für die Bedeutung der Bestimmtheit liegt in der Außenwirkung eines Rechtsgeschäftes. Der menschliche Wille als solcher ist noch nicht geeignet, die Rechtslage eines Gegenstandes zu ändern. Vielmehr muß zu dem inneren Akt der Willensbildung noch eine äußere Handlung treten; der Wille muß kundgegeben sein. Nur wer etwas erklärt hat, kann erwarten, daß sein Wille beachtet wird; allein im Rahmen dieser "bestimmten" Erklärung kann er einen Anspruch auf Rechtsschutz erheben. Erst die Bestimmtheit der Erklärung ermöglicht es ihm, seinem Willen in der Außenwelt Geltung zu verschaffen. Damit wird die Bestimmtheit zum Erfordernis jedes Rechtsgeschäftes.

Über den Inhalt des Begriffes ist damit allerdings noch nichts gesagt. Dem Gesetz ist in dieser Hinsicht nichts zu entnehmen; nirgends hat es die "Bestimmtheit" definiert. Daher können nur aus einer umfassenden Erörterung der Rechtsprechung die entscheidenden Gesichtspunkte für die Abgrenzung der "Bestimmtheit" gewonnen werden.

II. 1.) Zuerst stellte das OLG Hamburg in einer Entscheidung aus dem Jahre 1901[1] bei der Abtretung künftiger Mieten aus einem bestimmten Hause auf die "Bestimmtheit" der beteiligten Personen und des Gegenstandes der Leistung ab. Es bejahte die Bestimmtheit und sah keine Schwierigkeiten darin, daß die Mieter wechseln können.[2]

---

1) OLG Hamburg in OLGRspr.Bd.4, S.213; - Urt.v.1.11.01.Der hier verwendete Begriff der künftigen Forderungen stimmt nicht überein mit dem im 1.Kap.von dem Verf.benutzten.Es kann hier deshalb auf die oben vorgenommene Abgrenzung verzichtet werden, weil - wie noch auszuführen sein wird - die Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit bei der Zession künftiger und gegenwärtiger Forderungen den begrifflich gleichen Inhalt hat.

2) ebenso OLG Braunschweig in SeuffArch. Bd.59, S.314 - Urt.v. 18.9.03.

Die Bestimmtheit bei der Abtretung zukünftiger Mietforderungen hat die höchstrichterliche Rechtsprechung seitdem ständig bejaht, wenn es sich um die Abtretung von Forderungen in voller Höhe handelte.

In einem zu dieser Frage vom RG entschiedenen Fall[3] war die Abtretung der gesamten vorhandenen und der zukünftigen Mieterträgnisse eines Hauses zu beurteilen. Jede einzelne im Hause vorhandene Mietwohnung hatten die Parteien nach Etage und nach Lage in der Abtretungsurkunde aufgeführt. Bei jeder einzelnen Wohnung war vermerkt, ob sie vermietet war oder nicht. Das RG umschrieb die Bestimmtheit dahin: die künftige Forderung müsse in der Abtretung schon individuell so genügend bestimmt sein, daß es nur ihrer Entstehung bedürfe, um die Übertragung mit der Entstehung ohne weiteres wirksam werden zu lassen.

Das OLG Hamburg erklärte im Jahre 1916[4] die bis auf weiteres erfolgte Abtretung der laufenden und künftigen Mieten aus bestimmten Häusern für zulässig und betonte: es komme nicht darauf an, ob die Mieter in einem besonderen Verzeichnis aufgeführt seien. Auch die Tatsache, daß die Forderungen "bis auf weiteres" abgetreten seien, führe nicht zur Unbestimmtheit. Wenn die Abtretung bis auf weiteres erfolge, so seien damit die Zessionare verpflichtet, die noch vorhandenen Forderungen nach Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes der Abtretung zurückzuübertragen. Das gelte auch dann, wenn dieser Zweck in der Urkunde nicht angegeben sei. In einer Abtretung als einer abstrakten Erklärung brauche der wirtschaftliche Zweck nicht erwähnt zu werden.

Die Rechtsprechung hat bei der Abtretung von Forderungen aus künftigen und gegenwärtigen Mietverhältnissen die namentliche Bezeichnung des zukünftigen Schuldners nicht verlangt. Auch bei Abtretung bereits entstandener Forderungen ist das nicht erforderlich. Es genügt hier die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses, aus dem die Forderung stammt. Hinsichtlich der Höhe der abgetretenen Forderung tauchen in den oben angeführten Beispielen keine Zweifel auf, da es sich um die Abtretung einer ganzen Forderung oder um die Abtretung mehrerer Forderungen in voller Höhe handelte.

---

3) RG in WarnRspr.1912, S.398, Urt.v.4.6.1912, VII.Sen., schon vorher RG in JW 1910, S.230, Urt.v.21.1.1910, VII.Sen., danach OLG Hamburg in LZ 1915, S.77, Urt.v.11.11.14.

4) OLG Hamburg in LZ 1916, S.1390, Urt.v.14.12.1916.

2. Bei der Abtretung der gesamten Forderungen ergeben sich Schwierigkeiten in anderer Hinsicht:

a) Es können Zweifel bezüglich des Umfangs der abgetretenen Forderungen entstehen. Das zeigte ein Urteil des RG aus dem Jahre 1909,[5] dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

> Der Schuldner war Inhaber eines Bergwerkes, eines Gutsbesitzes, eines Fuhrgeschäftes und betrieb außerdem einen Getreide- und Düngemittelhandel. Er hatte an die Kläger zur Sicherung des Guthabens sowie zur Sicherung aller zukünftig entstehenden Forderungen die bereits vorhandenen Außenstände und 'die weiteren durch zukünftige Lieferungen an die Abnehmer entstehenden Forderungen' abgetreten.

Das RG verneinte hier die 'erforderliche Bestimmtheit und Bestimmbarkeit der zukünftigen Forderungen'. Daß die zukünftigen Forderungen als solche bezeichnet seien, die aus künftigen Lieferungen an die Abnehmer des Gemeinschuldners entstehen würden, genüge nicht, weil der Gemeinschuldner Inhaber verschiedener Betriebe sei. Es sei nicht erkennbar, welche aus diesen verschiedenen Betrieben entstehenden Forderungen abgetreten sein sollten. Die Unsicherheit sei umso größer, als die Abtretung z.T. mit zur Deckung zukünftig ebenfalls völlig unbestimmter Forderungen des Zessionars dienen sollte.

b) Aber auch beim Vorhandensein nur eines Betriebes verneinte das RG in einer grundlegenden Entscheidung vom 5.5.1911 [6] die nötige Bestimmtheit:

> Der Schuldner übertrug seinem Gläubiger zur Sicherung das Eigentum an seinem ganzen Lager fertiger und halbfertiger Waren und an den Rohmaterialien, Werkzeugen und Geschäftseinrichtungsgegenständen, zedierte alle bereits vorhandenen und zukünftigen Geschäftsaußenstände und verpflichtete sich, ihm auch das Eigentum an den später zu erwerbenden Rohmaterialien und Waren zu übertragen.

---

5) RGZ Bd. 67, S. 166 u. 167, Urt.v. 1.10.1909, VII.Sen.
6) RG JW 1911, S. 576, Nr.10 (Erster "Ein-Betrieb"-Fall).

Das RG meinte, "jede Erweiterung des Geschäftsbetriebes, jede Beteiligung des Zedenten an anderen Unternehmungen, der Abschluß von Börsen- und sonstigen Geschäften" müsse zu Zweifeln führen, ob die daraus erwachsenen Forderungen als Geschäftsaußenstände im Sinne des Vertrages anzusehen und demnach mitabgetreten seien oder nicht. Die Vermutung des § 344 I HGB genüge nicht. Das Bedürfnis des Verkehrs, aus welchem die Notwendigkeit der Anerkennung der Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen abgeleitet werde, [7] rechtfertige die Abtretung zukünftiger Forderungen in einem deratigen Umfang nicht. Außerdem verstoße die Abtretung gegen die guten Sitten, da dem Schuldner die geschäftliche Selbständigkeit völlig entzogen sei. Er sei zum Werkzeug nur eines Gläubigers geworden. Der Vertrag sei jedenfalls bezüglich der Abtretung aller künftigen Außenstände unwirksam, und nach § 139 BGB sei der gesamte Vertrag nichtig.

Immer wieder berief sich das RG in der Folgezeit bei der Abtretung aller künftigen Forderungen und Außenstände auf die Entscheidung vom 5.5. 1911 und begründete die Nichtigkeit des Vertrages mit fehlender Bestimmtheit und Bestimmbarkeit sowie mit § 139 BGB und 138 BGB. [8]

c) Im Jahre 1932 jedoch gab es seine Zurückhaltung auf. Es bejahte die genügende Bestimmbarkeit bei der Abtretung künftiger Forderungen, wenn alle in einem bestimmten Geschäftsbetrieb entstehenden Forderungen abgetreten seien. [9]

3. In seiner späteren Rechtsprechung koppelte das RG die Bestimmbarkeit mit der Verfügungsbefugnis. Es ist die Problematik des Einziehungsrechtes des Zedenten, die in etwas veränderter Form anklingt. Sie zeigte sich an einer Entscheidung des RG aus dem Jahre 1936 : [10]

---

7) In dieser ersten Entscheidung des RG v.29.7.03 (RGZ Bd.55, S.334) zur Abtretung künftiger Forderungen hatte das RG nicht auf die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen abgestellt.

8) vgl. RG WarnRspr.1913, Nr.400 - Urt.v.30.6.13.

9) RG JW 1932, S.3260 - Urt.v.24.6.1932 (Zweiter "Ein-Betrieb"-Fall).

10) RG JW 1936, S.3111, Nr.3, Urt. v. 3.7.1936 - VII. Senat.

Der Schuldner trat an den Gläubiger zur Sicherheit von dessen jeweiligen Außenständen Forderungen ab, und zwar:

'Sämtliche Außenstände der Fa. K an die Drittschuldner mit den Anfangsbuchstaben A - N im jeweiligen Mindestbetrag von 20.000,- M.

Ausgenommen von dieser Abtretung sind:

a) die jeweiligen Forderungen, die der B-Stadtbank zur Bevorschussung abgetreten sind.'

Die an die Banken abgetretenen Forderungen konnten aus den Büchern entnommen werden.

Das RG stellte auch hier darauf ab, ob die Forderungen nach dem Inhalt des Abtretungsvertrages schon so genügend bestimmt oder wenigstens bestimmbar seien, daß es nur noch ihrer Entstehung bedurfte, um die Übertragung von da ab ohne weiteres wirksam werden zu lassen. Wenn aber - wie hier - die Schuldnerin berechtigt gewesen sei, nach ihrem Ermessen alle jeweils entstehenden Forderungen abzutreten, dann sei ihr Verfügungsrecht nicht beschränkt gewesen. Es stehe in ihrem freien Belieben, durch Abtretung an eine der Banken über die Forderungen zu verfügen, ohne daß der Gläubiger in der Lage gewesen wäre, eine Forderung zu bezeichnen, die von der im voraus vereinbarten Abtretung an ihn erfaßt und somit der Verfügung der Schuldnerin entzogen wäre. Hier schließe die Begründung eines Verfügungsrechtes der Schuldnerin hinsichtlich aller jeweiligen Forderungen zugunsten der genannten Banken schon für sich die Bestimmbarkeit aus.[11)]

---

11) Schon früher hatte das KG - vgl. KG Recht 1911 Nr. 2128 - Urt. v. 21.9.1911 - betr. der Abtretung von Grundstücksmieten eine ähnliche Entscheidung getroffen:
Der Schuldner hatte seinem Gläubiger alle Mieten eines Grundstückes abgetreten. Die Mieter sollten von der Abtretung keine Mitteilung erhalten, der Gläubiger sollte vielmehr bestimmen, welche Mietsrate er nach Fälligkeit seiner Forderung unter entsprechender Benachrichtigung der Mieter für sich in Anspruch nehmen wollte.
Das KG führte aus: Hier sei die nähere Bestimmung der Forderung lediglich in das Ermessen des Gläubigers gestellt. Deshalb sei die abgetretene Forderung nicht individualisiert.

4. Ähnlich wie bei der Bestimmbarkeit von Forderungen aus Betrieben schwankte das RG. als es sich mit der Übersendung von Forderungslisten zu befassen hatte.

a) Anfangs ließ das RG es nicht genügen, wenn allmonatlich ein Verzeichnis der Außenstände übersendet werden sollte: [12]

Gegen die Bestimmtheit spreche, daß die Rechtsübertragung von der Aufnahme in das Verzeichnis nicht abhängig gemacht worden sei. - Daneben versuchte das RG auch hier, die Abtretung mit der fehlenden Einziehungsbefugnis zu verneinen. Dem Schuldner war in dem vom RG entschiedenen Fall 'bis zur Fälligkeit, und solange er seinen Verpflichtungen nachkam, gestattet, die abgetretenen Forderungen selbst einzuziehen'.

Hier war nach der Auffassung des RG die Verfügungsgewalt nicht auf den Zessionar übergegangen. Wenn es dem Zedenten schlechthin freistehe, die Forderungen den Schuldnern gegenüber als eigene geltend zu machen und den Einziehungsbetrag nach seinem Ermessen in seinem Geschäftsbetrieb zu verwenden, so sei das keine Rechtsübertragung. Dagegen könne bei der Abtretung der Abtretende von dem neuen Berechtigten ermächtigt werden, die Forderung für dessen Rechnung einzuziehen.

b) Auch eine Abtretung von Geschäftsaußenständen lediglich unter Bezugnahme auf die Handelsbücher des Abtretenden genügte nach dem RG nicht: [13]

Bezeichnungen in den Abtretungsurkunden wie 'meine gesamten aus meinen Büchern ersichtlichen Buchforderungen gegen meine deutsche Kundschaft', 'auch die auf solche Art neu von mir erworbenen For-

---

12) vgl. RG DRZ 1914, S. 939 - Urt. vom 7.5.1914 = RG JW 1914, S. 830 (Erster "Forderungslisten" -Fall).

13) vgl. RG Recht 1916, Nr. 215 - Urt.v.9.12.1915: ( Erster "Handelsbücher"-Fall); ebenso RGZ Bd.90, S.248 ff - Urt.v. 18.5. 1917 - III (Zession der jeweils jüngsten Forderungen).

derungen', ' die sich jeweils aus meinen Büchern ergebenden Forderungen an die deutschen Kundschaft' würden den Gegenständen der Abtretung nicht diejenige Bestimmtheit und Unterscheidbarkeit geben, die für das dinglich wirkende Übertragungsgeschäft erforderlich sei.

c) Zur Frage der Übersendung von Forderungslisten nahm das RG von seiner bisherigen Ansicht teilweise abweichenden Standpunkt ein.[14] Auch hier ist es zweckmäßig, sich den Sachverhalt vor Augen zu führen:

> Der Schuldner hatte dem Gläubiger bestimmte Waren sicherungshalber 'veräußert' und mit ihm vereinbart, daß er berechtigt bleiben sollte, über sie als Kommissionär des Erwerbs zu verfügen. Dem Vertrage war ein Verzeichnis der übereigneten Waren beigefügt, und in jedem Monat hatte der Schuldner eine Aufstellung über die verkauften oder sonst vom Lager abhanden gekommenen Waren dem Gläubiger vorzulegen.

Ergäbe sich nun aus dieser Aufstellung, daß eine Ware auf Kredit verkauft sei, führte das RG aus, so sei damit die abzutretende Forderung ausreichend bestimmbar. Der Verkauf an einen unbekannten Abnehmer beim Verkauf auf Kredit, sei der Natur der Sache nach ausgeschlossen. - Beachtenswert ist: Das RG läßt sich nicht darüber aus, ob die Übersendung der Forderungslisten rechtskonstitutiv oder nur deklaratorisch wirkt und ob hier nicht schon die Regeln des Kommissionsrechtes zur Bejahung der Abtretung führen müssen.[15]

---

14) RG Recht 1917, Nr.587 - Urt.v.6.2.1917 - VII. Senat (Zweiter "Forderungslisten"-Fall).

15) im Gegensatz zu einer vorausgegangenen Entscheidung des 2.Senats im Jahre 1914 (vgl. RG Gruch.Bd.59, S.467 - Urt.v.3.11.1914 - II.Senat). Der 2.Senat hatte damals erklärt: Wenn der Schuldner sich verpflichte, während der Vertragsdauer ausschließlich für den Gläubiger Geschäfte zu machen, und der Gläubiger die Waren unmittelbar an die Kunden liefere, dann sei die nötige Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit vorhanden. Hier liege ein ähnliches Verhältnis wie bei einer Verkaufskommission vor. Deshalb sei auch kein Verstoß gegen §§ 138, 139 BGB gegeben.
Dagegen wurde die Unbestimttheit auch bei einem Kommissär dann nicht verneint, wenn er - ein Viehhändler - ("Viehkommissionärs"-Fall) - sämtliche Forderungen abgetreten hatte, die er 'aus seinen Viehverkäufen hat und/oder erwirbt.' So das OLG Hbg.-Recht 1917, Nr.1972 - Urt.v.4.7.1917.

d) Die vom RG offengelassene Frage, welche Rechtswirkungen die Übersendung von Verzeichnissen herbeiführe, beantwortet das OLG Hamburg im Jahre 1916. [16] Es sah die Übertragung der 'jeweils vorhandenen Außenstände' für unwirksam an. Das Ausscheiden der Forderung aus dem Vermögen der Gesellschaft dürfe sich nicht auf eine Bemerkung im Vertrage beschränken, sondern müsse in irgendeiner Form äußerlich kenntlich gemacht werden. Diesem Zweck sollte die vereinbarte, aber nicht erfolgte Eintragung in ein besonderes Buch dienen. Die Anlegung eines solchen Buches sei in diesem Fall nicht nur ein Beweismittel, sondern ein für die Abtretung der Forderungen notwendiges Erfordernis. Im Gegensatz zum RG wurde hier also verlangt, daß die Abtretung von der Eintragung in ein besonderes Buch abhängig gemacht war.

5. Keinen Anstoß nahm das RG daran, wenn der Zahlungsanspruch des Kunden an seine Bank aus einem Kontokorrentverhältnis herrührte. [17] Ein solcher Anspruch sei als künftige Forderung genügend bestimmt, um abgetreten und um gepfändet werden zu können.

6. Die bisher erörtete Rechtsprechung zeigt bedeutsame Kriterien, wie die Bestimmtheit von Forderungen abzugrenzen ist. Im Mittelpunkt steht die Formulierung: [18] Die künftige Forderung muß in der Abtretung schon individuell so genügend bestimmt sein, daß es nur noch ihrer Entstehung bedarf, um den Übergang ohne weiteres wirksam werden zu lassen.

Nach dieser Umschreibung des Bestimmtheitserfordernisses reichte es für die Zession von Forderungen in voller Höhe aus, wenn das Rechtsverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Schuldner - wie bei der Abtretung zukünftiger Mieten - eindeutig gekennzeichnet war. Auf die Namen der zukünftigen Schuldner kam es nicht an. [19]

---

16) OLG Hamburg - Bankarchiv 1925, S.455 Urt.v. 21.4.26 (Zweiter "Handelsbücher-Fall).

17) vgl. RGZ 135, S.139 - Urt. v.5.2.39 - VII.Sen.

18) siehe oben S.4

19) Auch nach FLUME, NJW 59, S. 917 (Anm.18), ist die Bezeichnung des Forderungsbetrages und der Person des Schuldners nicht erforderlich.

Je umfassender die Sicherung des Zessionars war, - so etwa bei der Abtretung aller Forderungen aus mehreren Betrieben -, umso weniger war das RG geneigt, die Bestimmtheit zu bejahen. Zweifel an der Abgrenzung führten zu einer Ablehnung der Bestimmtheit aus Rechts- (nicht aus Beweis-)gründen. Erst im Jahre 1932 wurde das RG großzügiger, wenn es sich um die Forderungen eines Betriebes handelte.

Konsequent im Sinne der anfänglichen Formulierung ist es, wenn das RG die Bestimmtheit verneinte, sobald der Zedent darüber entscheiden sollte, welche Forderungen abgetreten waren.

Folgerichtig ist es auch, wenn das RG die Bezugnahme auf Forderungslisten und Handelsbücher für die Bestimmtheit - im Augenblick der Abtretung - nicht als ausreichend ansah. Die Eintragung in Handelsbüchern wurde erstmals im Jahre 1925 vom OLG Hamburg beachtet.

Schließlich wurden in allen Entscheidungen die Begriffe "Bestimmtheit" und "Bestimmbarkeit" nebeneinander verwendet.

II,1,a) Mit der teilweisen Abtretung von Forderungen beschäftigte sich das RG erstmals im Jahre 1904.[20]

> Der Schuldner hatte die Rechte aus 72 Mietverträgen in Höhe von insgesamt 6.000.-- M zediert: Es wurde schriftlich vereinbart, die laufenden Mieten zunächst zur Deckung der Ansprüche der Gläubiger B, C und F zu verwenden und die nach Tilgung dieser Ansprüche dem Schuldner zustehenden Mietzinsansprüche auf R solange zu übertragen, bis die vorbezeichneten 6.000,- M gedeckt waren.

Den Einwand der Revision, die abgetretenen Forderungen seien unbestimmt, weil nicht feststeht, inwieweit die Mieten dem Kläger und inwieweit sie B und Genossen zukämen, lehnte das RG ab. Die Forderungen seien in hinreichender Weise bestimmt und in vollem Umfang an die in der Urkunde erwähnten vier Gläubiger (B, C, F und R) bis zu deren Befriedigung abgetreten. Es sei rechtlich nicht ausgeschlossen, Forderungen von mehreren Gläubigern gemeinschaftlich, sei es zur 'quotativen', sei es zur 'sukzessiven' Befriedigung abzutreten. Sache des Zessionars sei es, sich über ihren Anteil un-

---

20) RG Gruch.Bd.48, S.891, Nr. 85 - Urt.v. 3.6.1904 - III.Senat ("72 Mieter")

ter sich und mit den Schuldnern auseinanderzusetzen. Einem Dritten ständen aus dieser Auseinandersetzung keine Rechte zu.

b) Das KG beurteilte die teilweise Abtretung zurückhaltender.[21]

> Dem Schuldner standen Mieten von jährlich etwa 20.000,- M zu. Von diesen Mieterträgen wurde die Abtretung 'bis zum Höchstbetrage von 10.000.-- M erteilt.' In dem Vertrag heißt es: 'daß die Mieterträgnisse so lange an A abgetreten sind, als bis er nach Abzug derjenigen Beträge, die er zur Deckung der laufenden Grundstücksunkosten verwendet, für seine eigenen Forderungen 10.000.-M erhalten hat'.

Das KG nahm hier Unbestimmtheit an: Der ganze Jahresbetrag der einzelnen Mietforderungen könne nicht als abgetreten gelten, weil 'die eingesetzten Jahresbeträge über 20.000.- M gehen', während doch nur eine Abtretung bis zum Höchstbetrage von 10.000.-- M beabsichtigt sei. Über eine teilweise Abtretung der einzelnen Mieten auf einen bestimmbaren Zeitraum hin sei aber nichts gesagt. Es sei auch unbestimmt, bis zu welchem Betrage die einzelnen Mietforderungen als abgetreten zu erachten seien. Außerdem sei nicht klar, wie hoch die zur Erhaltung des Grundstückes notwendigen Beträge seien. Sie wechselten von Jahr zu Jahr. Von den Mieterträgen des Hauses solle demnach 'ein der Höhe nach nicht bestimmbarer Betrag abgehen'. Erst bezüglich des Restes erfolge eine Abtretung, die nicht erkennen lasse, inwieweit von ihr die einzelnen Mietforderungen ergriffen würden.

c) Eine in gleicher Weise ablehnende Haltung vertrat das RG in einer späteren Entscheidung.[22]

> Der Schuldner S hatte gegen M und W drei Forderungen: eine über 45.000.-- M, eine über 38.500.-- M und eine über 11.000.-- M.[23] Auf die beiden ersten Forderungen zahlten H und W 35.000.-- M zurück, so daß noch eine Restforderung von 48.500.-- M blieb. Insgesamt hatte S 59.500.-- M zu erhalten. Von dieser 'Gesamtforderung' trat er einen Teilbetrag von 20.500.-- M an die Klägerin ab. Die Klägerin verlangte Zahlung von H, W und S.

---

21) KG in OLGRspr.Bd.24, S.305 - Urt.v.23.12.1911 ("10.000.--Mark")
22) vgl.RGZ 98, S.200 - Urt.v.27.2.1920 - VII.Sen.("drei Forderungen").
23) Die Zahlen und der sonstige Tatbestand des Urteils sind auch hier

Das RG verneinte die Bestimmbarkeit: Es seien weder die gesamten Forderungen abgetreten mit der schuldrechtlichen Verpflichtung der Klägerin, den Überschuß über 20.5oo.-- M an ihren Zedenten herauszugeben - noch ein bestimmter Teil einer oder mehrerer von den Forderungen, die dem S gegen H und W angeblich zustanden. Es sei auch nicht etwa von jeder der drei Forderungen ein verhältnismäßiger Teil abgetreten.[24]

2. Vielfach suchten die Parteien für die Individualisierung nach Anhaltspunkten in der Sphäre des Zessionars, sei es der Warenverkaufswert, seien es die Restforderung oder eine Verbindung beider.

Allerdings liegt nur eine veröffentlichte Entscheidung des RG vor, in der es sich nicht um AGB handelt:[25]

> Die dem Zedenten aus seinen künftigen Geschäften erwachsenden Forderungen sollten nur bis zu dem jeweiligen Betrage als abgetreten gelteh, bis zu dem die Zessionarin, eine Bank, dem Zedenten Vorschüsse gewährte und gewähren würde. Die Vorschüsse sollten hierbei in ihrer Höhe ständig wechseln.

Das RG führte aus: Wenn der Schuldner nur die Forderungen abgetreten hätte, die ihm aus seinen Fleisch- und Viehverkäufen erwachsen würden, dann wären die Forderungen genügend bestimmt gewesen. In der von ihm gewählten Formulierung jedoch habe das jeweilige Steigen und

---

vereinfacht wiedergegeben worden.

24) Eine weitere Grenze für Teilabtretungen von Forderungen findet sich in § 399 BGB - vgl. RGZ 64, 120 - Urt.v. 25.9.1906 - II -. Hier nahm das RG Unteilbarkeit des mit einem Darlehen verbundenen Bierbezugsvertrages an: Die Besitzerin einer Restauration war verpflichtet, den Bedarf ihres Wirtschaftsbetriebes an vier verschiedenen Biersorten von dem Bierverleger bis zur Rückzahlung des von ihm gewährten Darlehens zu beziehen. Die Biersorten wurden an vier verschiedenen Produktionsstätten hergestellt, aber durch den Bierverleger auf eigene Rechnung vertrieben.

25) vgl. RGZ 92, S. 238 - Urt.v. 22.2.1918, III. Senat ("Ständig wechselnde Vorschüsse").

Sinken der Bankschuld stets auch den Abtretungsgegenstand ändern sollen. Erst bei Beendigung des Kreditverhältnisses sei es möglich gewesen, die Forderungen mit Sicherheit festzustellen, die endgültig auf die Bank übergangen seien. Eine solche Vereinbarung könne wegen der Unbestimmtheit und der Unbestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes keinen Rechtsschutz beanspruchen. Dieser Begründung ist in vollem Umfang zuzustimmen.

Zusammenfassend kann man zur Bestimmtheit bei einer Teilzession in Einzelverträgen sagen:

Eine ziffernmäßige Bezeichnung reicht dann nicht aus, wenn sich die Abtretung auf mehrere Forderungen bezieht. Dann ist nicht eindeutig, ob alle Forderungen nur in bestimmter Höhe - also quotativ - oder einige Forderungen in vollem Umfange abgetreten sind. Das muß, - wie die letzte Entscheidung zeigt -, erst recht gelten, wenn daneben noch die Höhe der abgetretenen Forderungen ständig wechselt. Anders ist die Rechtslage, sobald die Auslegung ergibt, daß die Forderungen in ganzer Höhe abgetreten sind und ein Teil zurückübertragen werden soll. Bei einer quotativen Abgrenzung ist die Bestimmtheit schlechthin zu bejahen. Das folgt aus den Bestimmungen über die Gesamt- und Teilgläubigerschaft (§§ 420 ff BGB).

## § 8 : Die Rechtsprechung zur Bestimmtheit und Bestimmbarkeit in den Klauseln der AGB

I. Während die Probleme zur Bestimmtheit in den Einzelverträgen auf die Abgrenzung im Augenblick des Vertragsschlusses beschränkt sind, bereiten die Klauseln in den AGB - darüber hinaus - Schwierigkeiten ganz anderer Art. Der Zeitpunkt, an dem die Bestimmtheit gegeben sein muß, hat die Rechtsprechung weit stärker als bei Einzelverträgen beschäftigt. Dabei wurde wiederholt geprüft, ob die Forderung bestimmt sein muß im Augenblick des Zessionsvertrages oder ob es ausreicht, wenn sie im Augenblick ihres Entstehens genügend bestimmt ist. Weiterhin war zu klären, ob sich umfassendere Formulierungen in den AGB dahin auslegen lassen, daß sich die Abtretung auf einen Teilwert beschränkt. [26] Den Grenzstein in der Rechtsprechung des RG bildet jedoch das Abstellen auf den "denkbaren" Fall, ob es darauf ankommt, daß die Bestimmtheit in jedem "denkbaren" und nicht nur in dem vorliegenden Fall gegeben ist. Eine andere Einstellung zur Bestimmtheit bei den AGB zeigt die Rechtsprechung nach 1945.

II, 1, a) Die erste Entscheidung, die sich mit der Abtretung der zukünftigen Forderung, und zwar in deren voller Höhe befaßte, fällte das RG im Jahre 1932. [27]

> Die Gläubigerin hatte an den Schuldner Zucker unter Eigentumsvorbehalt verkauft und die Ware auf seine Anweisung unmittelbar an seine Abnehmer geliefert. Nach den ALB war der Schuldner zur Weiterveräußerung im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr ermächtigt. Dann sollte der für die Weiterveräußerung erzielte Erlös bzw. die durch den Weiterverkauf entstandene Forderung auf die Lieferantin übergehen.

Wie das RG ausführte, könnten Zweifel bestehen, ob die abgetretene Forderung hinreichend bestimmt sei für den Fall, daß die gelieferten

---

26) Zur Kritik der reichsgerichtlichen Rechtsprechung vgl. FLUME, NJW 50, 845 ff; BARKHAUSEN, NJW 49, 845 ff; HUFNAGEL, NJW 52, 490; MÜLLER ZAkDR 38, 502; MATTHIESSEN, ZfHR 32, 40 ff.

27) vgl. RGZ 136, S.100 = JW 32, S. 1965 - Urt. v. 8.4.1932 - II.

Waren mit gleichartigen vermischt und dann veräußert oder wenn Gegenstände verschiedener Herkunft zu einem Einheitspreis veräußert würden. Dies schließe aber die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Forderungsabtretung insoweit nicht aus, als eine Vermischung oder ein gemeinsamer Verkauf mit anderen Sachen nicht stattgefunden habe. Es sei nur Sache desjenigen, der sich auf die Abtretung berufe, zu beweisen, daß die abgetretene Forderung durch die Weiterveräußerung einer bestimmten Ware entstanden sei.

b) Die Schwierigkeiten bei einer Vermischung der Waren beurteilte einige Monate später das OLG Naumburg:[28)]

> Die Gläubigerin hatte Röhren und Flanschen unter Eigentumsvorbehalt geliefert. Nach den ALB sollte die Gläubigerin auch bei einer Verarbeitung oder Umbildung das Eigentum an der neuen Sache erwerben. Die Käuferin zedierte alle - aus einer etwaigen Weiterveräußerung usw. der Ware ihr zustehenden - Forderungen aller Art gegen den Empfänger. Die gelieferten Waren verwendete sie teilweise zur Errichtung des Neubaus einer Zuckerfabrik. Danach wurde über ihr Vermögen das Vergleichsverfahren eröffnet. Die Gläubigerin glaubte, gemäß § 4 VerglO. vom Verfahren nicht betroffen zu sein, und verlangte volle Bezahlung der restlichen Kaufpreisforderung.

Das OLG Naumburg erklärte: Es sei fraglich, ob nach dem Inhalt der ALB eine Forderungsabtretung möglich sei; denn es handle sich hier um die Zession einer Werklohnforderung. Die Abtretung müsse aber bejaht werden. Maßgebend seien Sinn und Zweck der Abtretungsklausel in den AGB. Die Klägerin habe eine größtmögliche Sicherung für ihre noch ausstehende Kaufpreisforderung erlangen wollen, wenn die Beklagte vor völliger Bezahlung über die gelieferte Ware irgendwie verfügen würde. In ihren Verkaufsbedingungen habe die Klägerin bestimmt, daß alle aus einer Weiterveräußerung usw. entstehenden Forderungen aller Art gegen den Abkäufer ihres Käufers an sie abgetreten würden. Darin sei der Wille der Klägerin erkennbar zum Ausdruck gebracht, "daß sich die Forderungsabtretung, wenn nicht auf die gesamte Werklohnforderung, zum mindesten auf den Teil der Werklohnforderung beziehen sollte, die dem Verhältnis des Materialwertes zu dem

---

28) OLG Naumburg in JW 33, S.1145 - Urt.vom 5.12.1932.

Wert der gesamten Arbeit" entspreche. Der Materialwert sei genügend bestimmt und bestimmbar insofern, als sich dieser aus der spezifizierten Aufstellung der Beklagten in ihren Büchern über ihre für die Zuckerfabrik gelieferten Arbeiten feststellen lasse. Da der eingesetzte Materialwert keineswegs unter dem der Klägerin für die Röhren und Flanschen geschuldeten Kaufpreis gelegen haben werde, lasse sich auch folgern, daß ein der Kaufpreisforderung der Klägerin entsprechender Teilbetrag der Werklohnforderung als abgetreten anzusehen sei.

Charakteristisch ist für dieses OLG-Urteil, daß versucht wurde, dem erkennbaren Willen der Beteiligten gerecht zu werden. Das OLG Naumburg ging hier - entsprechend dem Grundgedanken des § 139 BGB - davon aus, was auf jeden Fall abgetreten werden sollte.[29] Die in den ALB nicht beschränkte Höhe der abzutretenden Forderung begrenzte es auf einen Teilbetrag.

2, a) So wohlwollend wie sich das OLG Naumburg zur Abtretungsklausel verhielt, so ablehnend hatte sich - ein Jahr zuvor - das OLG Hamm entschieden.[30]

> Der Gläubiger hatte Waren geliefert. Nur diese Gegenstände verarbeitete der Schuldner in den Ketten, die an den Abnehmer verkauft wurden. Der Abnahmer war von vornherein bekannt gewesen.
>
> In den ALB waren die künftigen Forderungen gegen die Abnehmer mit der Beschränkung auf den Anteil abgetreten, zu welchem Rohmaterial des Gläubigers verarbeitet worden war.

Das OLG Hamm lehnte die Bestimmtheit der künftigen Forderungen ab. Stufe sich die Forderung der Gläubiger gegen den oder die Abnehmer ihres Bestellers je nach dem Beteiligungsverhältnis ihrer Ware am Endprodukt ab und sei obendrei u.U. der Abnehmer nicht einmal bekannt oder

---

29) im Gegensatz zu dem Urteil des RG in RGZ 67,166 und 167, siehe oben S.70

30) OLG Hamm in Bankarchiv Bd. XXX, S. 443 - Urt. vom 20.3. 1931.

kämen mehrere Abnehmer in Frage, dann würden sich von vornherein so zahlreiche und schwerwiegende Unsicherheitsfaktoren ergeben, daß nicht mehr von Beweisschwierigkeiten gesprochen werden könne, sondern die Entstehung und der Bestand der Forderung selbst in Frage stände.

Für die Frage der Bestimmbarkeit komme es auf den Zeitpunkt der Abtretung an. In diesem Augenblick sei die Gestaltung der Forderung durchaus unsicher gewesen, sowohl hinsichtlich der Höhe der Forderung wie bezüglich der Personen und der Zahl ihrer Schuldner.

b) Auch das RG beurteilte die Abtretung in Höhe des restlichen Lieferpreises von Anfang an zurückhaltend: So wies es in einer Entscheidung - aus dem Jahre 1932 - eine Klage ab. [31]

> Die ALB lauteten dahin, daß bei einem kreditweisen Weiterverkauf die hierbei entstehende Kaupreisforderung in Höhe der Forderung des Gläubigers übergehe.

Weder die ALB noch der gesamte Sachverhalt hätten Anhaltspunkte dafür ergeben, daß die Beklagte die Einziehung der Kundenforderungen für die Klägerin habe besorgen und die eingegangenen Gelder zu ihrer Verfügung habe halten sollen. Die Abrede in den ALB solle sonach lediglich die Klägerin für den Fall der Zahlungsunfähigkeit sichern. Eine Abtretung solchen Inhalts sei aber nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen als unwirksam zu betrachten. Hier versuchte das RG also, mit einer fehlenden Regelung über die Einziehungsbefugnis die Unwirksamkeit der Abtretung zu begründen.

c) Ein Jahr später befaßte sich das RG erneut mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt. [32]

> Einen unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Wanderrost hatte die Schuldnerin in einen Wasserdampfkessel eingebaut. Der Kessel war zu einem Gesamtpreis veräußert

---

31) RG JW 32, 1655 = Urt.v. 13.2.1932 . I.Sen.

32) vgl. RGZ 142, S.139 =JW 33, S. 2825 - Urt.v.19.9.1933 - II. Ziv.Senat(" Wasserdampfkessel").

worden. Nach den ALB der Gläubigerin galt die Forderung des Schuldners an den Besteller in Höhe des restlichen Lieferpreises als an den ursprünglichen Lieferanten abgetreten.

Der 2. Senat des RG vertrat dabei die Ansicht, es sei rechtlich nicht möglich, die künftige Forderung einer Fabrik gegen ihren Abnehmer "insoweit" abzutreten, "als in ihr das Entgelt für das Rohmaterial eines gewissen Lieferers stecke."

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Rechtsprechung bei einer Teilzession nach 1932 eine immer ablehnendere Haltung einnahm. Indem sie sich damit behalf, auf die fehlende Regelung über die Einziehungsbefugnis hinzuweisen oder eine Abgrenzung für 'rechtlich nicht möglich' zu erklären, bereitet sie eine Entwicklung vor, die in dem Abstellen auf den 'denkbaren Fall' ihren Höhepunkt finden sollte.

III, 1. Im Jahre 1935 hatte das RG einen ähnlichen Sachverhalt zu beurteilen, wie in dem "Wasserdampfkessel" - Fall.[33] Es waren Bleche, Böden und Wellrohre für einen bereits vorliegenden Auftrag des Drittabnehmers bestellt worden.

Trotzdem wies das RG die Klage ab. Die gelieferten Bleche, Böden und Wellrohre hätten ja auch an mehrere Drittverkäufer veräußert werden können. Für diesen denkbaren Fall sei der Umfang der Abtretung nicht hinreichend bestimmt.

Diese Entscheidung des RG wirkte sich sowohl für die Zession der ganzen Forderung als auch für Teilforderungen aus, wie im folgenden anhand einiger Beispiele aus der Rechtsprechung veranschaulicht wird.

2, a) Die Zession in Höhe der ganzen Forderung behandelte das RG im Jahre 1937: [34]

Der Schuldner hatte einen 'Auftrag' erhalten, Fliesenarbeiten in Heeresbauten auszuführen. Daraufhin bestellte er bei

33) RGZ 149, S.96 = JW 36, S.313 - Urt.v.18.10.1935 - II.Ziv.Sen- ("Bleche, Böden, Wellrohre").

34) vgl. RGZ 155, S.26 = JW 37, S.1961 - Urt.v.6.4.1937 - II.Ziv.Sen., ("Fliesen"-Fall).

dem Gläubiger Steinzeugplatten und anderes Material und führte die gewünschten Arbeiten aus. Der Gläubiger hatte unter Eigentumsvorbehalt geliefert. Nach den ALB des Gläubigers waren alle Forderungsrechte - die aus der Weiterveräußerung, gegebenenfalls auch einschließlich Verarbeitung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren herrührten -, in voller Höhe abgetreten, also auch einschließlich des in dem Forderungsrecht des Käufers steckenden Gewinnes oder anderweitiger Gegenwerte.

In dem Urteil handelte es sich um die Abtretung einer bereits bestehenden Forderung. Dennoch lehnte das RG die Abtretung ab. Die Abrede sei unklar für den Fall, daß ein Bauunternehmer die ihm gelieferten Fliesen in ein von ihm herzustellendes Haus einbaue. Daß hier die gesamte Bauforderung von vielleicht vielen 100.000.-- RM auf einen Lieferer übergehe, der vielleicht für einige hundert oder tausend Mark Fliesen geliefert habe, könne nicht gemeint sein; solle die Abrede aber bedeuten, daß die Forderung zu einem Teilbetrag abgetreten sei, der dem Verhältnis des Wertes der Fliesenarbeiten zur gesamten Bauforderung entspreche, dann sei die Abtretung wegen mangelnder Bestimmtheit unwirksam.

b) Die gleiche Einstellung zeigt ein Urteil des OLG Hamburg:[35)]

In den ALB war bestimmt, daß der Käufer bei Veräußerung der Ware an einen Dritten die Forderung aus dem Weiterverkauf an den Verkäufer abtrat. Die Wirkung des § 950 BGB war ausgeschlossen.

Entgegen der Ansicht des OLG Naumburg[36)] gelangte das OLG Hamburg durch Auslegung dahin, daß die aus dem Verkauf entstehende Forderung im ganzen übergehen solle. Entscheidend aber sei für die Bestimmtheit der Zeitpunkt der Abtretung; in diesem müsse die Forderung bei Außerachtlassung aller Zufälligkeiten des Einzelfalles bestimmbar sein, d.h., nach Gegenstand und Umfang. Zu den 'Zufälligkeiten des Einzelfalles' müsse es gerechnet werden, wenn etwa solche verlängerten Eigentumsvorbehalte seitens anderer Lieferanten nicht ausbedungen seien und wenn zur Herstellung der einzelnen Fässer - außer-

35) OLG Hamburg JW 38, S. 2207 - Urt. v. 27.5.1938.

36) siehe oben S.81

den 'Zutaten' anderer Lieferanten - nur Bleche der Klägerin und nicht auch Bleche anderer Lieferanten verwendet worden seien.

Bei Auslegung nach der Billigkeit könne aber nicht die ganze Forderung abgetreten sein. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt gehe von dem einfachen Eigentumsvorbehalt aus. Er könne deshalb nicht darüber hinausgehen. Gehe man aber von dem Teil der Forderungen aus, in dem das Entgelt für das von der Klägerin gelieferte Rohmaterial stecke, dann sei dieser Teil nicht ausreichend bestimmbar.

c) Auch in der Folgezeit verneinte das RG die Bestimmtheit in den ALB[37] selbst, als ein Schuldner nur Fässer der Gläubigerin an einen Abnehmer weiterveräußerte und die Forderung in voller Höhe abgetreten war.

Es sei nach den ALB nicht klar, was von der Forderung in dem Fall eingetreten sei, wenn die Fässer nicht nur aus Blechen der Klägerin, sondern auch aus - unter verlängertem Eigentumsvorbehalt gelieferten - Blechen anderer Firmen hergestellt seien.

3. Wenn das RG schon bei einer Abtretung der ganzen Forderung einen denkbaren Fall fand, in dem die Forderung unbestimmt sein mußte, so erst recht bei der teilweisen Abtretung von Forderungen:

a) Beachtenswert ist ein Urteil des RG aus dem Jahre 1936,[38] in dem die ablehnende Einstellung des RG zu den ALB und zu den Einzelvereinbarungen besonders deutlich wird:

> Der Verkäufer V hatte an den Käufer K Kartons unter Eigentumsvorbehalt geliefert. K verarbeitete sie - zusammen mit Kartons anderer Lieferanten - zu Karton-Packungen für Kakao und übereignete sie an die Abkäufer W und St. Nach den ALB des V hatte K die ihm gegen einen Abnehmer zustehenden Forderungen in Höhe der Restforderung der Lieferfirma V an diese abgetreten.[39] V verlangte Ersatzaussonderung

---

37) RG JW 39, S. 563 - Urt.v. 21.12.38 - II.Sen.

38) RG BankArch.1936, S.24 - Urt.v.23.6.1936 - II.Sen.("Kakao-Kartons").

39) Daneben waren später weitere schriftliche Abtretungserklärungen an V erfolgt.

hinsichtlich der Beträge, die von W und St an den in Konkurs gefallenen V gezahlt worden waren.[40]

Das RG sah die in den ALB enthaltenen Erklärungen für zu unbestimmt an. Es sei schon schwierig, wenn nicht geradezu unmöglich, das Wertverhältnis festzustellen, in dem die Ware der Klägerin an einer bestimmten Lieferung des K beteiligt sei - besonders bei Verarbeitung der Ware für verschiedene Kunden oder nur teilweiser Verarbeitung. Hinzu komme, daß die Abtretung nicht in der Höhe der ganzen Forderung des V, sondern nur in Höhe der Restforderung erklärt worden sei, für die das Kontokorrentsaldo habe maßgebend sein sollen. Die Abtretung sei deshalb derart unklar, wie sie gerade bei einem dinglich wirkenden Rechtsgeschäft im Interesse der Sicherheit im Handel und Verkehr nicht in Kauf genommen werden könne.

b) Nicht anders behandelte die Rechtsprechung die Klausel 'in Höhe unserer noch offenen Forderung'.[41] Unklar sei, was von der Forderung an die Weiterabnehmer abgetreten sein solle: ob in voller Höhe der noch offenstehenden Forderung oder in dem Verhältnis, in dem die gekauften Rohstoffe für die Weiterabnehmer verwendet worden seien. Im zweiten Falle bliebe nicht einmal der aufzuteilende Betrag der Kaufpreisforderung immer der gleiche, weil die Kaufpreisforderung sich durch Zinszahlung und Abzahlung ändern könne. Außerdem liefe der Gedanke der Aufteilung auch auf die bereits für rechtlich unmöglich erklärte Formel hinaus: abgetreten 'insoweit, als in der Forderung das Entgelt für das Rohmaterial eines gewissen Lieferanten steckt.

c) Auch während des Krieges änderte das RG seine Meinung zur Abtretung von Forderungen in Höhe des Restkaufpreises nicht.[42]

Die Gläubigerin hatte auf Weisung der Käuferin Konstruktionsmaterial (Winkeleisen, Flacheisen, Rundstahl und Grobbleche) unmittelbar an die Abnehmer geliefert.

Nach den ALB wurde der bei einer Veräußerung der Ware entstehende Anspruch in Höhe der restlichen Forderung des Liefe-

---

40) K behauptete, daß die Forderungen schon vor den weiteren Abtretungs-Erklärungen an andere Firmen durch AGB abgetreten gewesen seien.

41) vgl. RG BankArch.35m S.284 -Urt.v.18.10.35 - II.

42) vgl. RG DR 1940, S. 581 - Urt.v.30.1.1940 - VII.

ranten abgetreten; bei einem Verkauf der Waren an verschiedene Erwerber sollte "der Veräußerungspreis an alle Erwerber in der ganzen vorgenannten Höhe abgetreten sein. - Würde die Ware nach Vereinbarung mit einer anderen Sache veräußert, so sei 'der Veräußerungspreis nebst dem Werklohn' abgetreten.

Das RG wies die Klage ab. Es seien Fälle denkbar, in denen der Besteller die Vorbehaltsware nach Verarbeitung zusammen mit anderen Waren zu einem Gesamtpreis veräußere; für diesen Fall sei der Umfang der Abtretung nicht hinreichend bestimmt und diese deshalb unwirksam.

IV, 1. Wie FLUME[43] zutreffend festgestellt hat, fand das RG immer einen 'denkbaren' Fall, in dem die Vorausabtretung nach der Formulierung der allgemeinen Geschäftsbedingungen keine eindeutige Individualisierung ergab, und brachte damit allgemein die Vorausabtretung zu Fall. FLUME hat dem RG vorgeworfen, es habe seine richterliche Aufgabe verkannt. Ein Gericht habe die Entscheidung nur auf den wirklichen Fall abzustellen. Diese Ausführungen sind auf die Rechtsprechung nicht ohne Einfluß geblieben.

2. Eine erste Änderung dieser Rechtsprechung versuchte nach 1945 das LG Bielefeld:[44]

> Der Gläubiger hatte der Schuldnerin, einer Möbelfabrik, ein Büffet für 295,-- DM unter Eigentumsvorbehalt verkauft. Nach den ALB wurde der zukünftige Kaufpreisanspruch der Käuferin in Höhe des Kaufpreisanspruches der Gläubigerin abgetreten. Die Käuferin konnte diese Forderung in dieser Höhe nur als Beauftragte der Gläubigerin einziehen und mußte bis zur Ablieferung den Betrag getrennt verbuchen und verwahren.

Das LG hielt die Forderung nicht für unbestimmt. Es sei zu erwarten gewesen, daß die Schuldnerin als Möbelhändlerin das Büffet weiterverkaufen und eine Kaufpreisforderung gegen ihren Abnehmer erwer-

---

43) NJW 50, 846.

44) LG Bielefeld in MDR 51, S. 674 - Urt.v.31.5.1951.

ben würde. Die Höhe dieser Forderung interessiere nicht. Hier liege der Fall denkbar einfach. Deshalb sei die Abtretung entgegen der Ansicht des RG bestimmt genug.[45]

3. Ebenso bejahte das LG Frankfurt die Bestimmtheit:[46]

> Ein Gläubiger lieferte unter Eugentumsvorbehalt Bausteine. Die Klausel in den AGB lautete: 'Im Falle des Einbaus ist uns der Anspruch an den Bauherrn abgetreten'. In den Auftragsbestätigungen waren jeweils Materialmenge, Abholwerk und Baustelle unmißverständlich bezeichnet.

Das LG Frankfurt erklärte, es handele sich um eine durch den Einbau der Steine aufschiebend bedingte Abtretung gemäß § 398 BGB. Diese Abtretung sei voll wirksam. Die Möglichkeit, daß die Lieferungen für einen anderen Bau verwendet wurden, scheide hier aus, da die Steine direkt zur Baustelle gebracht worden seien. Sie wäre nur dann vorhanden, wenn der Bauunternehmer die Steine auf sein Lager genommen hätte, um bei Gelegenheit und für die Lieferfirma nicht kontrollierbar über sie zu verfügen.

4. Wegweisend für die Entwicklung der Rechtsprechung sind die Urteile des OLG Celle[47] und die Revisionsentscheidung des BGH[48] geworden:

Beide Entscheidungen hatte sich mit Klauseln zu befassen, wie sie von FLUME[49] vorgeschlagen worden waren. FLUME hatte empfohlen, sich die Forderung aus dem Weiterverkauf in voller Höhe abtreten zu lassen, aber die Verpflichtung zu übernehmen, Sicherungen über 25% der bestehenden Forderungen des Lieferanten an den Erstkäufer zurückzuübertragen.

---

45) Die Vorausabtretung ist nach LG Bielefeld grundsätzlich rechtlich zulässig und wirksam, sofern die Forderung aus dem Weiterverkauf der Vorbehaltsware genügend individualisierbar ist. Der Richter habe nur den ihm vorgelegten Fall zu entscheiden und nicht zu prüfen, ob die gleiche Vereinbarung in anderen denkbaren Fällen zu Schwierigkeiten führt.

46) vgl. LG Frankfurt, BB 52, 239 - Urt.v.25.10.1951.

47) OLG Celle in NJW 52, S.306 ff - Urt.v.18.1.52.

48) BGH in NJW 53, 21 - Urt.v.25.10.1952.

49) FLUME in NJW 50, 841 ff.

Den Entscheidungen lag folgender Sachverhalt zugrunde:

> Der Verkäufer V hatte dem Käufer K Waren im Gesamtbetrage von 16 400 DM unter Eigentumsvorbehalt geliefert. Nach den ALB erfolgte eine etwaige Verarbeitung dieser Waren für den V. (Verarbeitungsklausel) Bei einer Veräußerung der Ware im eigenen Namen trat K bis zur völligen Bezahlung aller Forderungen des V die ihm aus der Veräußerung entstehenden Forderungen an den V ab. (Veräußerungsklausel) Wenn der Wert der dem V gegebenen Sicherungen die Lieferungsforderungen insgesamt um mehr als 20 % überstieg, war V auf Verlangen des K insoweit zur Rückübertragung verpflichtet. - K hatte Einbauten im Hause des Z vorgenommen. Von seiner Forderung gegen Z trat K später einen Teilbetrag in Höhe von 1.000.- DM an X ab. Z hinterlegte den Restbetrag. X verlangte von dem V die Einwilligung, daß er in Höhe von 1.000,- DM vor dem V befriedigt werde.

Das OLG Celle gab der Klage statt.
Es sprach sich zwar grundsätzlich für die Anerkennung des verlängerten Eigentumsvorbehaltes aus.
Vom Reichsgericht sei jedoch - zutreffend - der verlängerte Eigentumsvorbehalt mangels hinreichender Bestimmtheit und Bestimmbarkeit dann als unwirksam angesehen worden, wenn bezüglich der Bestimmung des Schuldners und des Rechtsgrundes der abgetretenen Forderung sowie des Umfangs der Abtretung Zweifel beständen, die überhaupt nicht oder nur in einem umständlichen Verfahren mehr oder weniger sicher behoben werden könnten.[50] Es sei nicht klar, ob die Vorausabtretungen die Forderungen des K in Höhe des Wertes der weiterverkauften Vorbehaltswaren beträgen oder ob außerdem auch die Geschäftsgewinne aus der Weiterveräußerung von K hinzuzurechnen seien oder ob schließlich die vollen Forderungen von K, - also seine Ansprüche in Höhe des Wertes der weiterverkauften Waren zuzüglich Geschäftsgewinn aus Weiterverkauf und Verarbeitung - als im voraus abgetreten gelten sollten.

---

50) Die Ansicht Norbert O.FISCHERs, das OLG habe sich nicht klar entschieden, beruht auf einem Irrtum. Das OLG Celle hat sich für die Beibehaltung der reichtsgerichtlichen Rechtsprechung ausgesprochen (S. 307, r. Sp.). Auch in dem konkreten Fall hat das OLG Celle die Forderung für zu unbestimmt gehalten.

Außerdem seien 14.000,-- DM bereits an K zurückgezahlt worden. Man könne nicht entscheiden, ob dieser Betrag auf die Forderung des V in voller Höhe anzurechnen sei; dann sei eine Forderung des V nicht mehr vorhanden. Nehme man an, daß die Zahlungen verhältnismäßig zu verrechnen seien, dann würde dem V ebenfalls nicht mehr soviel zustehen, daß er sich gegen X mit Erfolg wehren könne. Das OLG Celle stellte dann weiter - wie das RG - auf den 'denkbaren Fall' ab und gelangte zu dem Ergebnis, daß die Bestimmbarkeit nicht gegeben sei.

Der BGH forderte, ebenso wie das OLG Celle, daß die abgetretene Forderung genügend bestimmt oder bestimmbar sein muß. Im übrigen trat der BGH den Ausführungen FLUMEs bei, [51] nach denen das Gericht auf den zu entscheidenden Fall abzustellen habe und nicht auf einen 'denkbaren' Fall. Man müsse AGB unabhängig von der Gestaltung des Einzelfalles auslegen. Das folge aus ihrem Wesen. Daher sei bei Vorausabtretungen aufgrund typischer Bedingungen zunächst zu untersuchen, welche Bedeutung einer in einer typischen Urkunde enthaltenen Vorausabtretung aufgrund einer objektiven Auslegung zukomme, bei der die Zufälligkeiten des Einzelfalles außer acht gelassen werden. Sodann sei zu prüfen, ob die typische Abtretungsklausel, - so wie diese nach der gekennzeichneten Auslegung zu verstehen sei -, die einzelne Forderung mitumfasse.

Hier erfasse die Klausel auch die Fälle, in denen der Kunde die Vorbehaltsware bei der Ausführung von Werklieferungsverträgen verwende, das gefertigte Werk darauf dem Besteller übergeben und eine Forderung auf die Vergütung aus dem Vertrage gegen ihn erworben habe. Unter der aus der 'Veräußerung entstehenden Forderung' in der Klausel sei der Anspruch auf die gesamte Vergütung zu verstehen, in der bei Werklieferungsverträgen also der Wert der Ware, der Geschäftsgewinn und das Entgelt für die Arbeit als solche enthalten seien. Denn wenn V insoweit zur Rückübertragung verpflichtet sei, als der Wert der gegebenen Sicherungen die Lieferforderungen insgesamt um mehr als 20% übersteige, so setze diese Bestimmung voraus, daß die Abtretung nicht nur in Höhe des Wertes der Vorbehaltsware erfolgen könne, sondern der ganzen Vergütung, die dem K gegen den Z zustehe. Aus dieser Klausel in den AGB folge zudem, daß die Vorausabtretung den K

---

51) Der Ansicht des BGH haben sich angeschlossen das OLG Köln (BB 53, 898) und das LG Hamburg (MDR 54, 482).

in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht übermäßig beschränke und nicht gegen § 138 BGB verstoße. Es könne auch nicht eine im Verhältnis zum Lieferwert unverhältnismäßig hohe Abtretung Platz greifen.

5. Diese Rechtsprechung des BGH ist durch zwei neueste Entscheidungen des VII. Senates vom 16.12.1957 fortgebildet worden.[52)]

Eine dieser Entscheidungen[53)] enthält eine Einschränkung des Urteils vom 18.1.1953.[54)]

Auch hier ist es notwendig, sich den Sachverhalt vor Augen zu führen:

> V lieferte dem Bauunternehmer K von 1952 bis 1954 laufend Baueisen unter Eigentumsvorbehalt. Nach den ALB sollten die durch Veräußerung entstehenden Forderungen gegen Dritte schon jetzt mit allen Nebenrechten auf den V übergehen. Wenn der Wert der für V bestehenden Sicherungen dessen Forderungen um mehr als 20% übersteigen sollte, so war V auf Verlangen des K insoweit zur Freigabe verpflichtet.Das von V im Oktober und November 1953 zum Preise von rund 20.000,-- DM gelieferte Baueisen verwendete K bei der Errichtung von zwei Wohnhäusern im Auftrage der Heimstätten GmbH. Die Aufträge hatte die Heimstätte am 29.9. und am 5.11. 1953 erteilt. Die beklagte Sparkasse hatte zur Sicherung eines laufenden Kredites am 15.2.1952 mit dem K einen als Mantelabtretung bezeichneten Vertrag geschlossen. Danach sollte K sich verpflichten, als Ersatz laufend neue Forderungen bis zu einem bestimmten Betrage abzutreten. K schrieb am 29.9. 1953 der Heimstätte, daß er alle Forderungen an die Sparkasse abgetreten habe. Die Heimstätte zahlte an die Sparkasse. V verlangt von der Sparkasse Zahlung in Höhe des Verkaufspreises.

Der BGH hat auch die bei einem Bauunternehmen entstehenden Forderungen als durch die Veräußerung entstanden angesehen. Es sei aber die Forderung der V nicht ausreichend bestimmt. Hier sei der gesamte Vergü-

---

52) BGH in NJW 58, S.417 u.BGH in NJW 58,457.

53) das OLG Düsseldorf entschied hier als Berufungsinstanz.

54) in NJW 53,21.

tungsanspruch - in Höhe von 280.000.-- DM - nicht für eine Forderung von 20.000.-- DM erfaßt. Dies würde eine ganz unverhältnismäßige, ungerechtfertigte Übersicherung schaffen und die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des K sowohl gegenüber anderen Lieferanten wie gegenüber einem sonstigen Kreditgeber, auf den er zur Finanzierung von Bauvorhaben angewiesen sei, übermäßig beschränken. Solche Ergebnisse könnten bei vernünftiger Auslegung der ALB weder vom Lieferanten noch vom Abnehmer gewollt sein. Darüber seien sich auch beide Parteien einig.

Somit könnte nur ein Teil der Forderung des K gegen die Heimstätte als im voraus abgetreten gelten. In den ALB sei jedoch nichts gesagt, wie dieser Teil zu bestimmen sei, Weder sei die Forderung des K in der Höhe des Preises abgetreten, zu dem V das Eisen an K verkauft habe, noch betrage der abgetretene Teil 120% dieses Verkaufspreises. Man könne dies nicht aus der Klausel entnehmen, nach der V auf Verlangen des K zur teilweisen Freigabe der abgetretenen Forderungen verpflichtet sei, wenn der Wert seiner Sicherheiten die gesamten Forderungen um mehr als 20% übersteige. Einmal beziehe sich diese Klausel auf die gesamten Forderungen des V für alle Lieferungen, zum anderen auf das Wertverhältnis aller Sicherheiten, nicht nur der abgetretenen Forderungen, sondern auch der noch nicht veräußerten Eisenware zur Gesamtforderung des V und regele schließlich nur einen Anspruch des K auf Freigabe von Sicherheiten. Das alles habe mit der Frage, welche Forderungen und in welchem Umfange abgetreten seien, nichts zu tun. Es sei auch nicht der Teil des Vergütungsanspruches abgetreten, der dem Wert des Eisen zuzüglich des Gewinn- und Lohnanteils entspreche. Nicht etwa sei die 20%-Klausel überflüssig, weil sich sonst keine Übersicherung ergebe. Eine Übersicherung liege auch dann vor, wenn V das Eigentum bzw. Miteigentum an verarbeiteten oder mit anderen Sachen vermischten oder verbundenen Sachen erwerbe.

Bemerkenswert ist, daß der 7. Senat keinen Widerspruch zwischen seiner Entscheidung und der des 1. Senats vom 18.1. 1953 [55] festgestellt hat. In dem letztgenannten Fall habe es sich um einen Anspruch aus der Ausführung einzelner, begrenzter Arbeiten gehandelt, deshalb hätten keine Bedenken bestanden, den gesamten Vergütungsanspruch als abgetreten anzusehen.

---

55) in NJW 53, 21, BGHZ 7, 365, siehe oben S. 93

6. Daß aber der BGH grundsätzlich an der Entscheidung seines 1.Senats festhält, zeigt sich an dem am gleichen Tage ergangenen Urteil.[56]

> V hatte im März 1955 für ca. 300,-- DM Mantelstoffe an K unter Eigentumsvorbehalt geliefert. Nach den ALB trat K die Forderung aus einem Weiterverkauf der Vorbehaltsware an den V ab, und zwar auch insoweit, als die Ware verarbeitet war. V erklärte sich bereit, die abgetretenen Forderungen nicht einzuziehen, wenn K seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen würde. K verpflichtete sich aber, dem V auf Verlangen die Drittschuldner aufzugeben und diesen die Abtretungen anzuzeigen. Es wurde ebenfalls die 25%-Klausel vereinbart: Wenn die durch Eigentumsvorbehalt bestehende Sicherung die zu sichernde Forderung um 25% überstieg, wollte V voll bezahlte Lieferungen nach seiner Wahl freigeben.
>
> K stellte aus dem Mantelstoff 12 Damenmäntel her. Diese verkaufte er im Juli 1955 an A1, A2 und A3. Die Preise beliefen sich auf zusammen ca. 1.100.-- DM. K trat die Kaufpreissumme gegen A1 - A2 - A3 zur Sicherung des Kredites an die Beklagte X ab. A1 -A2 - A3 zahlten an X, die den Betrag dem K gutschrieb. V verlangte Herausgabe der 1.100.- DM von X.

Das KG - als Vorinstanz - wies die Klage ab. Es handele sich um einen Verstoß gegen § 138 BGB. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des K sei in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise beschränkt worden.

Der BGH teilte diese Bedenken nicht. Er wies einmal darauf hin, daß K für die - 25% übersteigenden, voll bezahlten - Lieferungen eine Freigabe der Sicherheiten erhalten könne. Außerdem habe K die rechtliche Möglichkeit, die Forderungen selbst einzuziehen. Daraus könne man nicht entnehmen, daß K verpflichtet sei, das Eingezogene an den V herauszugeben. Vor allem würden Sinn und Zweck einer Sicherungszession gegen diese Auslegung sprechen. Wenn K, solange V keine anderen Anweisungen gebe, berechtigt sei, die abgetretenen Forderungen selbst einzuziehen, ohne daß auch nur andeutungsweise von einer Verpflichtung zur Abführung der eingezogenen Be-

---

56) in NJW 58, 457.

träge an V die Rede sei, dann könne dies nur so verstanden werden, daß K die eingezogenen Beträge behalten dürfe. In diesem Falle - einer sog. stillen Zession - sei K, solange er seine Geschäfte normal abwickle, zur eigenen wirtschaftlichen Verwaltung und Verwertung der abgetretenen Forderungen berechtigt. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Zedenten sei durch eine solche Abtretung nicht in unerträglicher Weise beschränkt. Zum anderen hätten hier dem V von Anfang an die vollen Gläubigerrechte zugestanden.

Das KG hielt demgegenüber die Vorausabtretung für nichtig, wenn K ermächtigt gewesen sein sollte, über die durch Einziehung der abgetretenen Forderungen erlangten Gelder frei zu verfügen. Es werde deutlich, daß es ihm, dem V, nur darum zu tun gewesen sei, sich ungerechtfertigterweise Vorteile für den Fall des Zahlungsverzuges oder der Zahlungsunfähigkeit des K zu verschaffen.

Somit genügt es nach der ständigen Rechtsprechung des BGH, daß die aufgrund der ALB im voraus abgetretene Forderung im Einzelfalle bestimmbar ist. Hierbei reicht es aus, wenn die Forderung im Augenblick ihrer Entstehung bestimmt werden kann.[57)]

57) vgl. FLUME, NJW 1950, S. 845, Anm.24.

## § 9 : Die Rechtsprechung zur Bestimmtheit bei der Sicherungsübereignung

I. Eine erschöpfende Behandlung des verlängerten Eigentumsvorbehaltes macht es erforderlich, die Sicherungsübereignung der verarbeiteten - und zur neuen Sache gewordenen - Vorbehaltsware auf ihre Bestimmtheit hin zu untersuchen. Hierbei soll die Sicherungsübereignung schlechtin erörtert werden, zumal sie ähnliche Schwierigkeiten in der Erfassung der Bestimmtheit zeigt, wie sie aus der bisherigen Rechtsprechung zur Vorausabtretung ersichtlich geworden sind.[58]

II,1. Das RG beschäftigte sich in einem grundlegenden Urteil vom 28.10.1902 [59] erstmals damit, ob über einen Teil eines Warenlagers verfügt werden kann.

> Es standen einige Tonnen mit Teer im Gewahrsam eines städtischen Teerhofverwalters V. Diese Tonnen gehörten dem K. K ersuchte V, eine Anzahl von Tonnen Teer zur Verfügung seiner Gläubigerin, der Bank B, zu halten und ihm zu bestätigen, daß er davon Notiz genommen und dementsprechend verfahren werde. Eine nähere Bezeichnung der Tonnen erfolgte nicht. Einmal zeigte V an, daß eine gewisse Anzahl dieser Tonnen Teer in das Eigentum der B übergegangen sei.

Das OLG Hamburg hatte eine Übertragung des Eigentums an B oder eine Begründung eines Pfandrechtes abgelehnt. Besitz an individuell bestimmten Quantitäten des Teerlagers sei nicht übertragen worden. Die Mengen Teer seien nicht 'konkretisiert', d.h. nicht individuell bestimmt worden. Die Revision hielt eine Besitzübertragung auch an einem Teil des Teerlagers für möglich durch Angabe der betr. Anzahl von Tonnen Teer, zumal bei vertretbaren Sachen.

Das RG bestätigte die Auffassung des OLG Hamburg: Besitz setze tatsächliche Gewalt voraus. Eine solche tatsächliche Gewalt könne aber nur an individuell bestimmten Sachen unmittelbar ausgeübt werden.

---

58) so mit Recht LANGE, NJW 53, 565 ff. (S.567).

59) vgl. RGZ 52, 385 - "Städt. Teerhofverwalter".

Sachen, die zu einer Sachgesamtheit gehörten, müßten individuell wenigstens insoweit bestimmt werden, daß der neue Besitzer unmittelbar, d.h., ohne daß es hierzu noch einer weiteren Bezeichnung oder Aussonderung bedürfe, seine tatsächliche Gewalt gerade über sie ausüben könne. Diese Grundsätze ergäben sich aus §§ 854, 856 mit § 90 BGB. Daraus sei zu schließen, daß der Gesetzgeber nur an körperlich und somit individuell bestimmte Gegenstände gedacht habe. Das Gesetz unterscheide nicht zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen. Es müsse sich auch bei Abtretung eines persönlichen Anspruches um individuell bestimmte Sachen handeln, da die Abtretung nach § 931 BGB die Übergabe ersetzen solle. - Entscheidend ist, daß das RG hier die Bestimmtheit nicht an einem Mangel in der Einigung, sondern im Besitz scheitern ließ. [60]

2. Diese Auffassungen bestätigte das RG, [61] als es über eine Sicherungsübereignung gem. § 930 BGB durch Übertragung des gesamten Mobiliars einschließlich der Warenvorräte im Werte von ca. 3.000.-M sowie einen Anteil am Grundstück im Werte von 2.600.- M zu entscheiden hatte.

Das OLG Köln hatte es für möglich gehalten, daß ein auf 10.000.- M geschätztes Warenlager im Umfange von 5.000.- M ohne Bezeichnung der diesen Wert darstellenden Gegenstände auf einen anderen übertragen werde . Das RG sah es für ausgeschlossen an. Anders sei es bei der Veräußerung eines Bruchteils des Lagers; hier werde der Erwerber Miteigentümer der einzelnen Stücke zu einem bestimmten Bruchteil.

3. Nicht weniger zurückhaltend entschied das RG [62] sieben Jahre später:

---

60) Es kommt nicht darauf an, ob etwa die Übereignung durch die Übergabe eines Lieferscheines erfolgen soll, so mit Recht das RG-Urt.v.7.11.1921, RGZ 103,151. - Der Lagerhalter hatte selbst nicht bestimmt und wußte nicht, welche der mehreren Kisten übereignet werden sollten.

61) RG in Gruch.Bd.51, S.615 - Urt. v. 6.7.1906.

62) RG in Gruch. Bd.58/S.1029 - Urt. v.12.12.1913 - VII

S hatte dem G zur Sicherheit "für 2000.- M Gummiband für Hosenträger" übereignet. Das Gummiband für Hosenträger lagerte im Keller, in dem sich sonst keine Ware befand, die Hosenträger und seidenen Bänder waren gesondert verpackt in einem Regal in der linken Ecke des Ladens aufgestapelt und von den übrigen Waren vollkommen getrennt. Die Übereignung sollte sich außerdem auf die künftig zu erwerbenden gleichartigen Ersatzstücke erstrecken.

Das RG verneinte eine wirksame Übereignung. Die Vereinbarung unter den Parteien lasse nur die Gattung und Menge der zu übereignenden Gegenstände erkennen. Die Parteien hätten nicht bestimmte Sachen, sondern nur gewisse Teile einzelner im Geschäft geführter Warengattungen übereignen wollen, ohne sie näher als durch bloße Angabe ihrer Gattungsmerkmale und ihrer Mengen zu bestimmen. Hieran ändere sich nichts durch die Art der Lagerung. Die Ware sollte in der Absonderung, in der sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses im Keller und in dem Regal befand, nicht erhalten bleiben. Sie sollte nicht getrennt verwertet werden. Dies und die Möglichkeit ihrer räumlichen Verschiebung innerhalb der Geschäftsräume mache eine wirkliche Feststellung der Identität unmöglich. Auch eine Bestimmung, in welcher Weise Ersatz geschaffen werden solle, sei nicht in ausreichender Weise getroffen worden. Somit seien die sicherungsübereigneten Gegenstände auch unter den Parteien selbst nicht genügend gekennzeichnet.

4. Wie sehr das RG immer weniger individualisierende Momente bei Massenartikeln genügen ließ, zeigte sich an einer Entscheidung aus dem Jahre 1916: [63]

Dem G waren zur Sicherheit die in einer Anlage des Vertrages aufgeführten Gegenstände übereignet worden, nämlich Laden- und Kontor-Einrichtungen. S sollte berechtigt sein, die Gegenstände unentgeltlich zu benutzen und die Waren im regelmäßigen Geschäftsverkehr zu veräußern.

Das RG ging wiederum davon aus, daß nur individuell bestimmte Sachen Gegenstand der Besitz- und Eigentumsübertragung sein könnten. Es sei nicht notwendig, die zu übereignenden Sachen einzeln aufzuführen, vielmehr genüge eine sie zusammenfassende verkehrsübliche Bezeichnung, z.B. der Ausdruck Warenlager. Voraussetzung sei dann,

---

63) vgl. RG SeuffArch.Bd.71, Nr. 254 - Urt. vom 12.5.1916 - ("Kontoreinrichtungen").

daß alle zum Warenlager gehörenden Gegenstände übereignet werden sollten. Wähle man aber eine Aufzeichnung der einzelnen Waren, so bedürfe es deren genauer Individualisierung, selbst wenn sie tatsächlich das gesamte Warenlager ausmachen sollten.

5. Noch einen Schritt weiter auf diesem Wege führte die RG-Entscheidung vom 9.3.1926: [64]

> S hatte dem G sämtliche Mehl- und Getreidevorräte zur Sicherheit übereignet, die sich in den im Vertrag bezeichneten Lagern befanden und im freien Eigentum des S standen. Auch sämtliche zukünftig in die genannten Lagerräume eingelagerten Getreide- und Mehlbestände sollten ohne weiteres in das Eigentum des G übergehen. In die Lager wurden später eine größere Menge von Säcken Mehl eingelagert, an denen sich die Verkäufer das Eigentum vorbehalten hatten. Danach wurde über das Vermögen des S der Konkurs eröffnet.

Das OLG Frankfurt als Berufungsgericht hatte die Übereignung bejaht. Die Formulierung " ... und im freien Eigentum der Versicherten stehen" habe "lediglich deklarative Bedeutung". Es habe nur beurkundet werden sollen, daß die sämtlichen eingelagerten Bestände sein freies Eigentum sein sollten. Auf die spätere Einlagerung der EV-Ware komme es nicht an, wenn jemand Eigentum erlangt habe, dann könne er es später nicht wieder verlieren.

Das RG erblickte demgegenüber den maßgeblichen Zeitpunkt für die Bestimmtheit in dem Augenblick der Konkurseröffnung. Es fehle an der Konkreditisierung. Nur ein Teil des vorhandenen Bestandes sei in diesem Zeitpunkt übereignet gewesen, falls ein gutgläubiger Erwerb des Eigentümers an dem unter Eigentumsvorbehalt hinzugetretenen Teilbestand nicht erfolgt sei. Jener Teil sei unbestimmt hinsichtlich der dazu gehörigen einzelnen Stücke. Bestimmbarkeit aber reiche nicht aus. - Das RG stellte hier also auf die Bestimmtheit im konkreten Fall ab.

---

64) RGZ 113, 57 ("Mehl und Getreide").

6. Schon in der Entscheidung vom 2o.5. 1930[65] verließ das RG jedoch diesen Weg. Folgender Sachverhalt war zu beurteilen:

> S hatte G zur Sicherheit den Warenbestand in T und für weitere Forderungen des G ein Zweiggeschäft mit sämtlichen Inventarstücken und Warenbeständen übereignet, soweit sie im Eigentum der S standen.

Das RG nahm Unbestimmtheit an. Selbst wenn irgendwelche Waren nicht vorhanden gewesen wären, die von der Übertragung ausgeschlossen wären, würde die Sicherungsübereignung nichtig sein. Nach dem Vertrage sei vorausgesetzt, daß sich in dem Lager andere Waren befanden. Es sei aber nicht angegeben, in welchem Verhältnis diese Waren zu den übrigen ständen. Dieser Umstand führe dazu, daß die übereigneten Waren aufgrund einer außerhalb des Vertrages liegenden Tatsache nachträglich festgestellt werden könnten, solche Bestimmbarkeit reiche nicht aus. Außerdem könne man auch wegen des schnellen Zu- und Abganges der Waren die Bestimmtheit nicht erfassen. Der Vertrag habe sich hierüber auslassen müssen. Im Interesse des Gläubigerschutzes müsse genaueste Bestimmtheit der übereigneten Gegenstände gefordert werden.

7. Die Folgen aus dieser Auffassung zeigen sich an einem Urteil des RG vom 27.2. 1931.[66]

> Dem G wurde ein erheblicher Teil des Warenlagers des S1 zur Sicherheit übereignet. Vor Übertragung des Handelsgeschäftes an S2 bezeichnete S1 die sicherungshalber übereigneten Waren in den Inventurheften mit 'W'. Die Waren befanden sich in den im Vertrag angegebenen Räumen, in denen auch EV-Waren lagerten.

Das OLG Celle hatte die wirksame Übereignung abgelehnt. In dem Sicherungsübereignungs-Vertrag sei kein Rechtsverhältnis vereinbart worden, vermöge dessen der G mittelbaren Besitz an den zu übereignenden Sachen erlangt habe: weder ein Verwahrungsvertrag, denn die Sachen seien im Interesse des S bei ihm geblieben, noch ein Kommissionsverhältnis. Auch fehle dem Vertrag die nötige Bestimmtheit. Man könne die eigenen und die fremden Waren nicht unterscheiden, ohne die Lagerbücher heranzuziehen.[67]

---

65) RGZ 129, 61.

66) RGZ 132, 183.

67) Zum anderen sei der Vertrag sittenwidrig, da rd. 2/3 des gesamten Warenlagers durch den Vertrag auf G übertragen worden seien. Es sei eine nicht vorhandene Kreditwürdigkeit vorgetäuscht

Das RG meinte auch hier, bloße Bestimmbarkeit genüge bei der Sicherungsübereignung nicht. Bestimmtheit sei nicht vorhanden, wenn erst außerhalb des Vertrages liegende Umstände herangezogen werden müßten, z.B. Fakturen, Lagerbücher. Für die Frage der Bestimmtheit des Gegenstandes der Sicherungsübereignung sei jedoch der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Hier hätten 'sämtliche Spezialitäten' übereignet werden sollen, die sich in den im Vertrag bezeichneten Räumen befanden. Nachträgliche Ereignisse, die außerhalb des Vertrages lägen, könnten diesem nicht nachträglich die Bestimmtheit rauben. Sei später fremdes Eigentum auf das Lager gekommen, so sei zwar das Eigentum daran aufgrund des Konstitutes nicht übergegangen, aber das von G schon vorher erworbene Eigentum bleibe sein Eigentum. G habe aufgrund des Vertrages mit seinem genügend bestimmten Inhalt Eigentum an den Waren erlangt, an denen sich die Verkäufer nicht das Eigentum vorbehalten hätten.

Das RG verwies zur weiteren Verhandlung und Aufklärung an das Berufungsgericht zurück. Es sei noch zu prüfen, ob wirklich auch das vorhandene und künftige fremde Eigentum übertragen werden sollte. Dabei sei zu erwägen, ob von den Vertragsteilen angenommen werden könne, daß sie Rechtswidriges gewollt hätten, indem sie etwa bewußt über fremdes Eigentum verfügten. Andererseits könne ihre etwaige Annahme, alle in den betreffenden Räumen befindlichen Spezialitäten gehörten der S, auf den Willen schließen lassen, alles zu übereignen.[68]

III. Wie wenig heute die Entwicklung als abgeschlossen angesehen werden kann, zeigt die Rechtsprechung des BGH. Interessant sind vor allem drei Urteile:

1. Dem Urteil des BGH vom 13.6.1956[69] lag folgender Sachverhalt zugrunde:

> S hatte dem G zur Sicherheit schriftlich alle Fertig-, Halbfertig- und Rohware übereignet, die sich gegenwärtig in bestimmt bezeichneten Räumen befand. In diesen Räumen ge-

---

68) Diese Auffassung behielt das RG auch später bei: vgl. RG HRR 1934. Nr. 1116, Urt.v. 2.2.1934.

69) BGH - IV - in NJW 56, 1315 = JZ 57, 57. Vgl. zur Darstellung der Rechtsprechung des BGH auch SÜSZMILCH, Betrieb 1957, S. 205.

hörte die Ware teils dem S, teils war sie ihm unter Eigentumsvorbehalt geliefert. An den dem S gehörenden Sachen erwarb G - nach dem Wortlaut des Vertrages - das Eigentum, an den unter Eigentumsvorbehalt gelieferten das Anwartschaftsrecht. Im letzten Fall sollte das Eigentum unmittelbar auf G übergehen.

Der BGH lehnte eine wirksame Übereignung ab. Es liege in der Natur der Sache, daß nur individuell bestimmte Sachen und nicht nur allgemein mengen- oder wertmäßig bestimmte Teile von Sachgesamtheiten übereignet werden könnten. Sowohl Einigung als auch Besitzübergabe im Sinne des § 929 BGB könnten sich nur auf individuell bestimmte Sachen beziehen. Auch die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses müßte immer konkrete, individuell bestimmte Sachen zum Gegenstand haben. Im vorliegenden Fall sei ein wirksamer Eigentumsübergang nur möglich, wenn die Parteien zuvor festgestellt hätten, welche von diesen Waren dem Veräußerer gehörten und Gegenstand der Übereignung sein sollten. Für eine vorweggenommene Übereignung habe die Rechtsprechung nicht gefordert, daß die Vorstellung der Parteien sich schon bei der Abgabe der Erklärung auf konkrete, individuell bestimmte Sachen richte, an denen zu späterer Zeit das Eigentum übergehen solle. Die Grundsätze des Sachenrechtes und das Gebot der Sicherheit im Rechtsverkehr verlangten, daß die Bestimmung des zu übereignenden Gegenstandes so weit getroffen sei, daß 'durch ein einfaches, nach außen erkennbares Geschehen im Zeitpunkt des Eigentumsüberganges für jeden, der die Partei kennt, ohne weiteres erkennbar ist, welche individuell bestimmten Gegenstände übereignet sind.' Es genüge also auch für die vorweggenommene Übereignung nicht, daß die Parteien vereinbaren, der Erwerber solle an allen in bestimmte Räume verbrachten Sachen das Eigentum erwerben, soweit der Veräußerer daran Eigentum erlangt habe.

Ob sich aus der über die Sicherungsübereignung aufgenommenen Urkunde selbst ergeben müsse, welche einezlnen individuellen Gegenstände übereignet seien, oder ob auch außerhalb dieser Urkunde liegende Umstände berücksichtigt werden könnten, brauche nicht entschieden zu werden, da hier die zu übereignenden Sachen zur Zeit des Eigentumsüberganges überhaupt nicht in der allgemein zu fordernden Weise bestimmt gewesen seien.

Der BGH fordert also nicht nur eine Bestimmtheit des Gegenstandes, sondern zusätzlich eine Bestimmtheit des übertragenen Rechtes an diesen Gegenständen.[70]

Diese Entscheidung des BGH ist von der Lehre mit Recht kritisiert worden.[71]

2. Schon vier Monate später zeigte der gleiche 4. Senat in einer weiteren Entscheidung [72] eine großzügigere Haltung.

> In einer Liste waren die sicherungsübereigneten Gegenstände enthalten, jedoch nur die Gattungsbezeichnung, die Räume, in denen die Waren lagerten, und der Wert angegeben. Aus der Urkunde ging nicht hervor, ob G das Eigentum ausnahmslos an allen Waren erlangen sollte, deren Art die Bestandsliste angab , und die sich an dem in der Liste angegebenen Tage in den dort genannten Räumen befanden. Es war auch nicht ersichtlich, ob der S an allen Waren in den Räumen das unbeschränkte Eigentum hatte.

Trotzdem verneinte der BGH die Bestimmtheit nicht schlechthin, sondern stellte fest, es komme darauf an, ob diese schriftliche Vereinbarung durch weitere mündliche Vereinbarung ergänzt worden sei.

3. Die gleiche Einstellung ist aus dem Urteil vom 9.11. 1956 ersichtlich.[73]

> In der dem Vertrage angehängten Liste der zur Sicherheit übereigneten Waren hatten die Parteien aufgeführt: "280 Elfenbeinschränke fertig und in Arbeit."

Der BGH hielt diese Angabe für zu unbestimmt. Nur bei 51 Schränken, die der Beklagte in Besitz genommen habe, sei die Angabe bestimmt.

---

70) so unzutreffend POLLEMS, Betrieb 1957, S. 449 und SÜSZMILCH, Betrieb 1957, S. 205.

71) Vgl. PAULUS, JZ 57, S.41; ebenso WESTERMANN, NJW 56, 1297 ff; DÖNHOFF, BB 56, 827 ff (828); ZUNFT, NJW 57, 445 ff.

72) BGH - IV - Urt.v. 10.10.1956 - NJW 56, 1918.

73) BGH - BB 57, 593 = SchlHA 1957, 122.

Hinsichtlich der Schrankteile treffe das nicht zu. Man könnte auch nicht Schrankteile als in Arbeit befindliche "Elfenbeinschränke" bezeichnen. Man wisse auch nicht, welche Teile später zu dem Schrank verarbeitet würden. Es sei völlig unklar, von welchem Zeitpunkt ab bei Schrankteilen das Eigentum übergehen sollte. Hinreichend wären sie im Sicherungsübereignungs-Vertrage nur dann bestimmt, wenn diese räumlich gesondert und als solche sicherungsübereigneten Sachen äußerlich gekennzeichnet worden seien.

Betrachtet man diese Entscheidungen, so zeigt sich, daß verlängerter Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung folgende gleichen Probleme aufweisen:

1) ob für die Verfügung ein summenmäßig angegebener Teil ausreicht oder ob eine quotenmäßige Abgrenzung erforderlich ist,

2) ob Umstände außerhalb des Vertrages zu berücksichtigen sind oder ob es allein auf den Vertragsinhalt ankommt,

3) ob bei der Sicherungsübereignung sog. Raumsicherungs-Klauseln und bei dem verlängerten Eigentumsvorbehalt Teilsicherungs-Klauseln möglich sind,

4) ob die zu übereignenden Sachen bzw. die künftigen Forderungen bestimmt oder bestimmbar sein müssen,

5) inwieweit es sich bei der Bestimmtheit um eine Wirksamkeitsvoraussetzung handelt und inwieweit nur eine Beweisfrage zu klären ist.

6) Dazu kommen bei den Klauseln in den AGB noch besondere Fragen:

   a) ob eine Bestimmtheit bei den AGB in jedem denkbaren Fall vorhanden sein muß und

   b) ob im Rahmen der Bestimmtheit der abgetretenen Forderungen und der Sicherungsübereignung der Gedanke des § 139 BGB Anwendung findet.

## § 10 : Die aus Lehre und Rechtsprechung gewonnenen Erkenntnisse zur Individualisierung in Einzelverträgen

I. Wie schon oben [74] dargelegt wurde, ist die Bestimmtheit Bestandteil jedes Rechtsgeschäftes, da ein rechtlicher Wille nur im Rahmen einer "bestimmten" Erklärung Beachtung finden kann.

Freilich richtet sich der Inhalt des Begriffes nach dem einzelnen Rechtsgeschäft. Bei einem Testament gehügt es, wenn der Wille des Erblassers einen - wenn auch noch so unbedeutenden - Niederschlag im Testament gefunden hat. Bei den Verträgen muß hingegen der Inhalt für beide Parteien verständlich sein. Es entscheidet der Empfängerhorizont darüber, ob Angebot und Annahme bestimmt genug waren. Aber selbst im Rahmen der Verträge muß man Unterschiede machen. Die gleichen Abmachungen können in einem Fall zur Bestimmtheit, in dem anderen zur Unbestimmtheit führen. Verkauft z.B. V dem K 100 Ztr. Winterweizen, so sind 100 Ztr. genügend bestimmt. Es handelt sich um eine Gattungsschuld. Würde dagegen V dem K von seinem - auf dem Speicher liegenden - Weizen 100 Ztr. "übereignen", so würde diese Vereinbarung nicht für die - bei der Übereignung erforderliche - Bestimmtheit genügen, denn niemand könnte sagen, an welchen Zentnern Weizen das Eigentum übergehen sollte.

Hieran zeigt sich, daß die Anforderungen an die Bestimmtheit abhängig sind von dem Wesen des einzelnen Rechtsinstituts. Darauf folgt: Eine Erklärung ist dann nicht mehr bestimmt, wenn sie gegen das Wesen des Rechtsinstitutes verstößt, dessen Bestandteil sie ist.

Demnach ist die erste Aufgabe, zu überprüfen, inwieweit in den Urteilen eine Übereinstimmung mit dem Wesen der Abtretung und der Übereignung vorhanden ist.

---

74) siehe oben S.68

II. In diesem Zusammenhang läßt sich zunächst feststellen, daß eine summenmäßige Bestimmung bei der Zession mehrerer Forderungen nicht ausreicht, so etwa die Vereinbarung 'Forderungen in Höhe von insgesamt 10.000,-- DM'. Sowohl bei der Verfügung über künftige Forderungen als auch bei der Sicherungsübereignung durch antizipiertes Besitzkonstitut darf der Verfügungscharakter nicht angetastet werden. Zum Wesen einer Verfügung gehört ihre unmittelbare Wirkung. Eine neue gemeinsame Handlung darf gerade bei einer Verfügung nicht mehr erforderlich sein. Sonst würde keine Abgrengung zum Schuldrecht bestehen. Ohne weitere gemeinsame Erklärung kann aber bei einer summenmäßigen Abgrenzung nicht festgestellt werden, auf welchen Gegenstand sich die Verfügung bezieht. Bei der Abtretung mehrerer Forderungen kann nur eine quotenmäßige Abgrenzung dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht werden.

Das Bedenken entfällt indessen, wenn es sich um die ziffernmäßig umrissene Abtretung eines Teils einer Forderung handelt. In diesem Fall liegt kein Widerspruch zum Charakter der Verfügung vor, zumal das BGB eine Teilgläubigerschaft kennt (§ 420 BGB).

Dem RG ist zuzustimmen, wenn es bei einer summenmäßigen Abtretung, bei der die Reihenfolge der Befriedigung festgelegt war, die Bestimmtheit bejahte.[75] Nicht bedenkenfrei ist es aber, wenn das RG dem Zedenten deshalb keine Berufung auf die Unbestimmtheit zugestehen wollte, weil es Sache der Zessionare sei, sich über ihre Anteile untereinander und mit den Schuldnern auseinanderzusetzen. Wäre nämlich die Reihenfolge der Befriedigung nicht geklärt, dann wären die Forderungen - weil nicht genügend bestimmt - nicht wirksam abgetreten.

Ebenso zutreffend lehnte das KG[76] bei der Zession in einer Gesamthöhe von 10.000.- M die Bestimmtheit ab, da sich nicht feststellen ließ, 'bis zu welchem Betrage die einzelnen Mietforderungen als abgetreten zu erachten' seien.[77]

---

75) "72 Mieter-Fall" - siehe Tatbestand oben S. 76.

76) "10.000.--M-Fall" - siehe Tatbestand oben S.77.

77) Das gleiche gilt für das oben S.77 erwähnte Urteil des RG v. 27.2. 1920.

Aus demselben Grund ist dem Urteil des RG zur Sicherungsübereignung vom 28.10. 1902 [78] zuzustimmen. Selbst wenn sich das RG nicht auf das Wesen des unmittelbaren Besitzes berufen hätte, wäre die Bestimmtheit zu verneinen, weil die Voraussetzungen der Verfügung, nämlich die unmittelbare Wirkung, nicht hätte erfolgen können. Mit Recht verneinte das RG - im Gegensatz zum OLG Köln - die Bestimmtheit auch in dem Urteil vom 6.7.1906.[79]

III. Nicht in dem gleichen Umfang kann man der Rechtsprechung zur Berücksichtigung außervertraglicher Umstände zustimmen, so etwa zu der Frage, inwieweit bei Vorauszessionen und Sicherungsübereignungen Eintragungen in Forderungslisten oder in Handelsbücher zu berücksichtigen sind. Auch hier kommt es darauf an, ob der Verfügungscharakter noch gewahrt ist.

Die Fassung, Umstände außerhalb des Vertrages dürften nicht berücksichtigt werden, ist mißverständlich. Würde sie - wörtlich - befolgt werden, so wäre eine Verfügung über künftige Rechte nicht möglich, es sei denn, die Abtretung würde bereits angegeben: den Namen des künftigen Schuldners, den Betrag der Forderung, den Grund der Forderung und das Datum ihrer Entstehung. Alles das sind 'außervertragliche Umstände'.

Dienen 'außervertragliche Umstände' allein der Subsumtion, so kann dadurch die Bestimmtheit einer Verfügung aus Rechtsgründen nicht beeinträchtigt werden, so wie ein Gesetz niemals deshalb hinfällig ist, weil im konkreten Fall eine Subsumtion nicht stattfinden kann. Läßt sich die entstandene Forderung nicht subsumieren, so ist eine wirksame Abtretung aus Beweisgründen, nicht aus Rechtsgründen zu verneinen. [80]

Daneben ist zu prüfen, ob für die Bestimmtheit auf außervertragliche Umstände Bezug genommen werden kann in dem Sinne, daß die Bestimmt-

---

78) "Städt. Teerhofverwalter" - siehe oben S.96 .

79) RG Gruch. Bd. 51, 615 = siehe oben S.96

80) SIEBERT, BB 1950, S. 156, 1. Sp., weist zutreffend auf die Beweisschwierigkeiten hin, die sich ergeben können. Seine Ansicht, die Bestimmtheit fehle, wenn erst außerhalb d. Vertrages liegende Umstände her angezogen werden müßten, wird in dieser allgemeinen Formulierung dem Bestimmtheitserfordernis nicht voll gerecht.

heit aus Rechtsgründen zu verneinen ist. Wird z.B. - nach dem Vertrag - eine künftige Forderung abgetreten, nachdem sie von dem Zedenten in ein besonderes Handelsbuch eingetragen worden ist, so erwirbt zunächst der Zedent die Gläubigerstellung an der Forderung, zumal er die Eintragung üblicherweise erst nach dem Entstehen der Forderung durchführen kann. Die Eintragung in das Handelsbuch ist eine Potestativ-Bedingung, denn sie hängt von dem Willen des Zedenten ab. Potestativ-Bedingungen sind nach HM [81] nicht unzulässig. RAAPE [82] dagegen lehnt schlechthin eine Wollensbedingung ab, weil sie dem Begriff der Willenserklärung widerspreche, denn 'seinen Willen erklären, heiße, sich an das Erklärte binden, sich ihm unterwerden'. Deshalb 'schade die Wollensbedingung jeglicher Willenserklärung, welchen Inhalt sie auch haben möge' [83].

Für die vorliegende Aufgabe braucht nicht entschieden zu werden, ob der HM oder RAAPE zuzustimmen ist. Daß eine bindende Verfügung über Forderungen noch nicht vor der Eintragung in das Handelsbuch gegeben ist, folgt aus einer anderen Überlegung: Würde eine Bindung schon im Augenblick der Vereinbarung zwischen den Parteien zu bejahen sein, so wäre damit eine Gattungsverfügung anerkannt.

Verkauft beispielsweise V dem K einen Zentner Weizen von dem Lagerbestand, so ist eine Konkretisierung nicht eingetreten, bevor V nicht den einen Zentner Weizen ausgesondert hat. Vorher ist auch eine bindende Verfügung des V nicht gegeben, selbst wenn V und K vereinbart hätten, daß K das Eigentum an dem Sack Weizen erlangen sollte, den V aussondern würde.

Nicht anders kann die rechtliche Beurteilung ausfallen, wenn z.B. G1 dem G2 die Forderungen abtritt, die er in ein besonderes Buch einträgt. Das Eintragen in das Buch ist nichts anderes als eine Form der - notwendigen - Konkretisierung; mit anderen Worten: die Abtretung einer noch nicht konkretisierten, weil nicht eindeutig erfaßten Forderung verstößt gegen den Spezialitätsgrundsatz, der in gleicher Weise für Sachen wie für Forderungen gilt. Eine solche Vereinbarung ist deshalb keine gegenwärtige, sondern eine zukünftige, nicht bindende Verfügung. Bis zum

---

81) vgl. dazu LEHMANN, Allg.Teil, § 35-A-IV-3 u.ENN.-NIPPERDEY, § 194-IV-3 (S.844).

82) in: Wollensbedingung, S.18.

83) a.a.O., S.31. Ebenso RGZ 136, 132 ff (135) für eine Wollensbedingung des Schuldners mit der prägnanten Formulierung: "Wer sich nur für den Fall verpflichtet, daß er wollen wird, verpflichtet sich tatsächlich noch nicht".

Widerruf ist zu vermuten, daß sich der Wille der beiden Vertragspartner auf die Abtretung der einzutragenden Forderung richtet. Die beiderseitigen Willenserklärungen werden dann - im Augenblick der Eintragung der Forderung - wirksam.

So reicht es im Gegensatz zur Entscheidung des RG aus dem Jahre 1914[84] aus, wenn allmonatlich ein Verzeichnis der Außenstände übersendet werden soll. In diesem Fall liegt indessen, wie oben dargelegt worden ist, noch keine gegenwärtige, sondern erst eine künftige Verfügung vor, die erst wirksam wird mit der Übersendung der Forderungslisten. Es wird vermutet, daß die Einigung noch fortbesteht zwischen dem Zedenten und dem Zessionar im Hinblick auf die Forderungen, die in das Verzeichnis der Außenstände aufgenommen werden.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob auch die Klausel ausreichen soll: 'meine gesamten aus meinen Büchern ersichtlichen Buchforderungen gegen meine deutsche Kundschaft". Es ist jedoch - entgegen dem RG [85] - die Bestimmtheit zu bejahen. Da das RG die 'Bestimmtheit' bei der Abtretung von Forderungen aus einem Betrieb bejaht hat, [86] muß das gleiche für Forderungen gegen deutsche Kunden gelten.

Dieselbe Bestimmtheit ist - im Gegensatz zur Ansicht des RG - vorhanden bei der Klausel 'die sich jeweilig aus meinen Büchern ergebenden Forderungen gegen die deutsche Kundschaft'. [87]

Ebenso ist die Bestimmtheit zu bejahen bei der Sicherungsübereignung in dem vom RG am 20.5.1930 entschiedenen Sachverhalt.[88] Hier handelt es sich bei der Feststellung der fremden Sachen, die sich in dem Lager befanden, nur um eine Subsumtion. Die Lage wäre nicht anders, wenn S dem G zur Sicherheit nur eine Sache übereignet hätte, 'falls er Eigentümer dieses Gegenstandes gewesen war'. Daß es sich jetzt nicht um eine, sondern um mehrere Sachen handelt, an denen die Eigentumslage nicht geklärt ist, vermag nicht zu einer anderen Beurteilung des Falles zu führen.

---

84) vgl. oben Seite 73, Anm. 12
85) vgl. S.73
86) vgl. oben S.71
87) siehe Tatbestand oben S.74
88) RGZ 129, 61, siehe oben S. 100.

IV. Die zuletzt erörterte Entscheidung beschäftigte sich schon mit Raumsicherungs-Klauseln. Auch sie sind als außervertragliche Umstände zu prüfen. Werden Sachen übereignet, die sich in einem bestimmten Raum befinden, so kommt es auf die Einigung und die Vereinbarung eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses an. Keine Bedenken bestehen gegen die Übereignung, wenn etwa ein Verwahrungsverhältnis vereinbart worden ist.

Das RG hätte in seinem Urteil vom 12.12.1913 [89] zwei Fälle unterscheiden sollen:

einmal den Fall, in dem das gesamte Gummiband gesondert gelagert wäre, und zum anderen nur der Teil, der dem Werte von 2.000.- DM entsprach. Im ersten Falle wäre die Bestimmtheit nicht vorhanden, im zweiten Falle dagegen wäre gegen die Bestimmtheit durch die abgesonderte Lagerung nichts einzuwenden gewesen.

Ebenso kann der Entscheidung des RG vom 12.5.1916 [90] nicht zugestimmt werden. Selbst wenn für einen Außenstehenden nicht erkennbar war, ob es sich hier um das gesamte Warenlager handelte, so waren sich doch beide Parteien darüber im klaren, daß das gesamte Warenlager im Augenblick des Vertragsschlusses gemeint war. Es lag allenfalls eine falsa demonstratio vor.

Mit Recht lehnte deshalb der BGH in seinem Erkenntnis vom 10.10. 1956 [91] die Bestimmtheit nicht ab - im Gegensatz zu dem Urteil vom 13.6. 1956. [92] Dem zuletzt genannten Urteil kann nicht beigepflichtet werden. Wenn sich nicht feststellen läßt, ob der Veräußerer an den Sachen das Eigentum oder nur ein Anwartschaftsrecht hat, ist u.U. eine Subsumtion nicht möglich. Es ist dann eine Beweisfrage, aber keine Rechtsfrage, an welchen Sachen das Eigentum übergegangen ist und an welchen nur das Anwartschaftsrecht. Die Bestimmtheit der Sicherungsübereignung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich auch nicht subsumierbare Gegenstände in dem Raum befinden. Die Vereinbarung der Parteien ist nur der Form nach eine gattungsmäßig bezeichnete Verfügung. Der Natur der Sache nach bezieht sie sich aber auf jeden einzelnen Gegenstand.

89) siehe oben S.97,98.
90) siehe oben S.98
91) siehe oben S.101
92) siehe oben S.101.102

PAULUS [93] weist zudem mit Recht darauf hin, daß es 'nicht Rechtens sein' kann, 'den Vertragspartnern ein Abschlußverfahren abzuverlangen, dessen Ergebnisse im schnellen Fluß des ständigen Warenzu- und ablaufes alsbald überholt sind'. Wenn in dem Urteil des RG vom 27.2. 1931 [94] die Bestimmtheit bejaht worden ist, weil alle Gegenstände übereignet wurden, gleichviel, ob sie im Eigentum des Veräußerers standen oder nicht, so würde die Auffassung des RG auf eine Privilegierung zugunsten bewußter oder leichtfertiger Mißachtung fremden Eigentum hinauslaufen. [95]

---

93) in JZ 57, S. 41.

94) siehe oben S. 100.

95) Zutreffend PAULUS, a.a.O., S. 42, r. Sp.
Auch der Hinweis des BGH auf die "wirtschaftspolitischen" Gründe überzeugt nicht. Der Lieferant ist in vollem Umfang geschützt, denn der Erwerber muß bei jeder Ware genau prüfen, ob sie sich im Eigentum des Veräußerers befindet oder ob der Veräußerer an ihr nur ein Anwartschaftsrecht hat. An seine Gutgläubigkeit sind somit höhere Anforderungen zu stellen als bei einem Erwerber, dem nicht bekannt ist, daß an den veräußerten Waren teilweise nur ein Anwartschaftsrecht des Veräußerers besteht (so ähnlich WESTERMANN, NJW 56, 1298 und PAULUS, a.a.O., S.43). DÖNHOFF, BB 56, S. 827, meint zutreffend, nur die Ladenhüter, die nicht mehr veräußert würden, könnten - folge man der Ansicht des BGH - im Wege der Einzelaufzählung für die Sicherung verwendet werden.
Ebensowenig stichhaltig ist die Berufung des BGH auf die Beeinträchtigung des strafrechtlichen Eigentumsschutzes. Das Eigentum ist strafrechtlich nicht weniger gefährdet, als es bei dem EV schlechthin der Fall ist. Es kann sogar die Unmöglichkeit, das Anwartschaftsrecht mitzuübertragen, den Vorbehaltskäufer nunmehr veranlassen, die unter EV stehende Ware zur Sicherheit vertragswidrig zu übereignen. (WESTERMANN, a.a.O.; vgl. dazu auch BAUMANN, Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehrs, S. 34, Anm.5) -; ZUNFT, NJW, 57, 446 bejaht ebenfalls die Bestimmtheit. POHLE, MDR 1956, S.732, führt zutreffend an, daß ein unbefangener Betrachter nicht zwischen dem Eigentum und der Anwartschaft unterscheide. - Für Ablehnung der Ansicht des BGH auch POLLEMS, Betrieb, 1957, S. 449.

V. Die vorstehenden Ausführungen ermöglichen die Antwort darauf, ob es auf eine Bestimmtheit oder auf eine Bestimmbarkeit ankommt.

WESTERMANN [96] meint, bei Verpflichtungsgeschäften reiche es aus, daß die Pflichten des Schuldners bestimmbar sind. Verfügungen, überhaupt Zuordnungsgeschäfte, müßten sich dagegen auf einen bestimmten Gegenstand beziehen.

Das RG hat bei der Sicherungsübereignung und bei der Vorausabtretung eine unterschiedliche Auffassung zur Bestimmtheit und Bestimmbarkeit vertreten. Für die Zession reiche es aus, wenn die Forderungen bestimmt oder doch bestimmbar seien, [97] - für die Sicherungsübereignung müßte dagegen 'strengste Bestimmtheit' gegeben sein. [98]

Norbert O. FISCHER [99] begründet die unterschiedliche Ansicht des RG zur Übertragung von Sachen und von Forderungen damit, daß die Forderung als etwas Gedachtes nicht wie eine Sache durch sich selbst räumlich bestimmt werden könne, sondern einer Umschreibung bedürfe, mittels derer sie sich bestimmen lasse. Dieser Umstand erkläre auch die Unterscheidung des Reichsgerichtes zwischen 'Bestimmtheit' bei Sachen und 'Bestimmbarkeit' bei Forderungen.

Die Differenzierung des RG vermag jedoch nicht zufriedenzustellen. Denkt man an 'Bestimmbarkeit', so muß es sich um einen Gegenstand handeln, der später - d.h. in der Zukunft - bestimmt wird oder doch bestimmt werden kann. Dann bedeutet die Tatsache, daß es sich um eine erst entstehende Forderung handelt (die abgetreten worden ist), nur einen Hinweis auf die Bestimmbarkeit. Das gleiche müßte für die Sicherungsübereignung aufgrund eines antizipierten Besitzkonstitutes gelten. Auch die künftig zu erwerbende Sache bedarf einer Umschreibung.

---

96) Sachenrecht, § 3 II 1.

97) RGZ 67, 166 ff (168); 90, 248 ff (249), siehe oben S. 70 ; RGRKomm. z. BGB, § 398, 2.

98) RGZ 113, 57 ff (62); 129, 61 ff (63); 132, 183 ff (187). RGRKomm. z. BGB §§ 929, 2; 930, 3; 931, 3. Auf die unterschiedliche Rspr. haben u.a. früher DREHER (AcP Bd. 138, S. 358 ff) und in jüngerer Zeit PAULUS, JZ 57, S. 45, Anm. 29 und 26) hingewiesen.

99) a.a.O., S. 46.

mittels deren sie bestimmt werden kann". Daß hier ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart sein muß, kann - entgegen dem RG - nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Somit taucht nur die Frage auf, ob für beide Verfügungen die Bestimmtheit oder die Bestimmbarkeit gelten soll.

Da eine Vorausabtretung - wie oben [100] dargelegt wurde - eine gegenwärtige Verfügung ist, kann als Zeitpunkt für die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit nur von dem Vertragsschluß ausgegangen werden.[101] Die Erklärungen der Parteien sind - bereits dann - abgeschlossen. Für später bleibt jedem Vertragspartner wie auch jedem beliebigen Dritten nur noch zu entscheiden, ob eine entstandene Forderung subsumiert werden kann. Auf diesen Vorgang ist aber nicht das Wesen der Verfügung abzustellen. Er würde nicht zum Ausdruck bringen, daß bereits eine unmittelbare rechtliche Wirkung eingetreten ist. Deshalb enthält auch die prägnante Definition DREHERS[102] "Der Gegenstand der Rechtsübertragung ist vertraglich so zu bezeichnen (= zu bestimmen), daß er aufgrund der Bezeichnung auswählbar (= bestimmbar) ist", nicht die für die Verfügung wesentliche Aussage.[103] Vielmehr erscheint es sachgerechter, eine Bestimmtheit des Gegenstandes der Verfügung zu verlangen.[104] Bestimmt ist eine Verfügung dann, wenn ihr Gegenstand - im Sinne einer unmittelbaren Rechtsänderung - ausgewählt ist.[105,106]

---

100) 1. Abschnitt, § 3, S. 20ff

101) ebenso MATTHIESSEN, ZentrBl.f.Handelsr., 1932, S.41; a.A. DREHER, a.a.O., S. 372.

102) a.a.O., S. 369.

103) Auch die vom OLG Celle - siehe oben S. 90 - übernommene Formulierung des RG: Eine Forderung sei nicht mehr bestimmt oder bestimmbar, wenn 'bezüglich der Bestimmung des Schuldners und des Rechtsgrundes der abgetretenen Forderung sowie des Umfangs der Abtretung Zweifel bestehen, die überhaupt nicht oder nur in einem umständlichen Verfahren mehr oder weniger sicher behoben werden können' verwechselt die Subsumtion und die vertragliche Vereinbarung.

104) so auch SCHELD, JW 38, S. 5 ff (6).

105) Eine Sicherung gegen zu weitgehende Übertragung ist - entgegen der Ansicht von WESTERMANN, Sachenrecht, § 3-II-1, S.15 u. - keine Funktion des Bestimmtheitsgrundsatzes.

106) Diese Fassung des Bestimmtheitsgrundsatzes stimmt sachlich überein mit der oben S. 9 angeführten Auffassung des RG in einer der ersten Entscheidungen zur Bestimmtheit der künftigen Forderungen.

## VI. Anhang: Die Einziehungsermächtigung in ihrer Bedeutung für den verlängerten Eigenumsvorbehalt

Wie die oben angeführten Entscheidungen gezeigt haben,[107] hat die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Bestimmtheit der Forderung die Einziehungsermächtigung des Vorbehaltskäufers untersucht. Es erscheint deshalb angebracht, an dieser Stelle näher auf die Problematik der Einziehungsermächtigung einzugehen.

Noch unlängst hat sich der BGH in dem oben zitierten Urteil[108] mit dem Wesen der Sicherungszession und der Einziehungsermächtigung befaßt. Es entspreche dem Sinn und dem Zweck der sog. stillen Sicherungszession, wenn der Vorbehaltskäufer berechtigt sei, die abgetretenen Forderungen einzuziehen. Auch brauche der Käufer nicht verpflichtet zu sein, den eingezogenen Erlös abzuführen, solange er seine Geschäfte normal abwickle.

Gegen das Urteil des BGH sind verschiedene Einwände erhoben worden:

1. Das KG hatte, wie oben ausgeführt wurde,[109] die Ansicht vertreten, die Abtretung sei nur für den Fall der Zahlungsunfähigkeit gewollt gewesen. Eine wirkliche Zession hätten die Parteien, m.a.W. gar nicht beabsichtigt gehabt.

2. Hätte das KG aber eine Einziehungsermächtigung angenommen, so hätte es - in Konsequenz seiner in einem anderen Erkenntnis geäußerten Ansicht -[110] zu der Auffassung gelangen müssen, daß die Einziehungsermächtigung auch die Abtretung an einen Dritten umfasse und auch aus diesem Grunde die Klage gegen die Bank abweisen müssen.

3. FLUME[111] gar will der Klage nicht stattgeben, weil die Zahlung an die Bank durch die Einziehungsermächtigung des Vorbehaltskäufers gedeckt gewesen sei.

---

107) siehe S. 94,83

108) BGH NJW 58, 457, siehe oben S. 94

109) siehe oben S. 95

110) KG-Urteil v. 15.1.1957 - AZ 2 U 1846/56, zit. von DEMPEWOLF, NJW 57, 858, li.Sp.

111) NJW 59, S. 922, li. Sp.

Zu 1): Das RG[112] verneinte einmal die Abtretung aufgrund AGB, weil keine Bestimmungen enthalten waren über die Einziehungsermächtigung und die getrennte Aufbewahrung des Erlöses. FLUME[113] will den verlängerten Eigentumsvorbehalt institutionell nur mit einer gebundenen Einziehungsermächtigung gelten lassen. Das Recht des Vorbehaltsverkäufers zum Widerruf der Einziehungsermächtigung sei institutionell darauf zu beschränken, daß der Vorbehaltskäufer seinen Zahlungsverpflichtungen nicht vereinbarungsgemäß nachkomme oder eine besondere Gefährdung der Forderung des Borbehaltsverkäufers eintrete. Der BGH hatte dagegen in dem oben erwähnten Urteil nicht von einer gebundenen Einziehungsermächtigung gesprochen.

Man kann jedoch weder FLUME noch dem BGH vorwerfen, sie hätten - mit ihrer Erweiterung der Einziehungsermächtigung - eine Scheinabtretung geschaffen. Nach dem Urteil des BGH kann ohnehin ein jederzeitiger Widerruf der Einziehungsermächtigung erfolgen, so daß sich schon daraus die Machtstellung des Zessionars ergibt. Nach FLUME sind die Voraussetzungen für den Widerruf der Einziehungsermächtigung schon dann gegeben, wenn der Vorbehaltskäufer, ohne konkursreif zu sein, - etwa aus Nachlässigkeit - seine Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllt. Auch eine später erfolgte Abtretung kann wohl als eine besondere Gefährdung der Forderung des Vorbehaltsverkäufers angesehen werden. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der par conditio creditorum für den Fall des Konkurses ist nicht gegeben.

zu 2): Zugunsten der Ansicht des KG läßt sich anführen, der Vorbehaltskäufer könne ohnehin erreichen, daß der Bank der Gegenwert der Forderung zufließe, da er befugt sei, die Forderung einzuziehen und den Erlös für sich zu verwenden. Es sei also nur ein Umweg, wenn eine Abtretung nicht durch die Einziehungsermächtigung gedeckt würde, wohl aber der vom Abnehmer geleistete Betrag an die Bank übereignet werden könne.

---

112) siehe oben S. 83

113) a.a.O., S. 921, unter 10).

Gleichwohl enthält die Einziehungsermächtigung nicht die Befugnis, die Forderung abzutreten. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt würde für den Vorbehaltsverkäufer keinen Sicherungswert mehr haben. Dem Vorbehaltsverkäufer kommt es vor allem darauf an, daß sein Schuldner liquide bleibt, und das bedeutet, daß der Gegenwert für die abgetretene Forderung zumindest in dessen Vermögen gelangt. 114)

zu 3): Es ist zwar richtig, daß der Vorbehaltskäufer zur Einziehung der Forderung berechtigt ist und demnach auch die Möglichkeit hat, eine Bank als einen solutionis causa adjectus anzusehen. 115) Wenn jedoch - wie im o.e. Fall - der Vorbehaltskäufer die Bank nicht als Zahlstelle etwa auf seiner Rechnung angegeben, sondern ihr die Forderung abgetreten hat, dann ist die Abtretung wegen des hier anzuwendenden Prioritätsprinzips gemäß § 185 Abs. 2 Satz BGB schwebend unwirksam. Allenfalls im Wege einer Konversion hätte die Abtretung in eine Ermächtigung gem. § 362 Abs. 2 BGB umgedeutet werden können. Voraussetzung dafür wäre, daß die Bank die Zahlung für den Vorbehaltskäufer hätte entgegennehmen wollen. Das würde bedeuten, daß der eingezahlte Betrag und sein Ersatzwert gerade nicht als Sicherung für die Forderung der Bank gegen den Vorbehaltskäufer hätte dienen sollen. Einen derartigen Willen der Bank kann man aber nicht annehmen. FLUME würde sich außerdem in Widerspruch zu seiner unter 2) vertretenen These setzen, wenn er eine Abtretung nicht zuläßt, wohl aber jede Abtretung umdeutet in eine Ermächtigung im Sinne des § 362 Abs. 2 BGB.

---

114) so ebenfalls FLUME, a.a.O., Anm .34; a.A. DEMPEWOLF, NJW 57, S. 858, r.Sp.

115) Der vEV dient, wie WENDT, MDR 1956, S.336 ff (S.337), mit Recht meint, nicht dazu sicherzustellen, daß das von dem Zweitkäufer gezahlte Geld auch von dem Erstkäufer an den Vorbehaltslieferanten abgeliefert wird. Wichtig ist lediglich, daß der Zweitkäufer an den Erstkäufer zahlt.

## § 11: Die Bestimmtheit in den AGB

I. Die Bestimmtheit in den AGB kann nicht beurteilt werden, bevor das Wesen der AGB geklärt ist. Die Notwendigkeit einer solchen Untersuchung ergibt sich gerade aufgrund einer der zuletzt ergangenen Entscheidungen des BGH, [116] nach der die Bestimmtheit der abgetretenen Forderungen in den AGB mit dem Hinweis verneint wurde, die Parteien hätten nicht gewollt, daß die Forderungen in ganzer Höhe abgetreten würden. Auf den Willen der Parteien kann indessen nicht mehr abgestellt werden, wenn es sich bei den AGB um Rechtsnormen - um objektives Recht - handelt.

II.1. a) Grundlegend ist hier eine Entscheidung des RG aus dem Jahre 1912 [117] in der u.a. ausgeführt wird: der Vertragspartner solle sich bei den allg. Versicherungsbedingungen Bestimmungen unterwerfen, die als allgemeine Norm festgestellt seien und in gleichem Sinne eine Vielheit anderer bereits bestehender oder künftiger Vertragsverhältnisse beherrschen oder beherrschen würden. Die Willensbestimmung bei dem einzelnen Vertrage komme dabei nur in der Richtung in Betracht und zur Wirkung, daß überhaupt auf dieser Grundlage abgeschlossen werde. Auch später verwendet das RG noch den Ausdruck Norm. [118] In diesen und in anderen Entscheidungen beschäftigt sich das RG mit der Frage, ob die AGB revisibel sind. [119] Das RG bejaht die Revisibilität solcher AGB, wenn die AGB in mehreren OLG-Bezirken angewandt werden. Dann sei im Interesse der Rechtssicherheit eine einheitliche Auslegung erforderlich. [120]

In einer anderen Entscheidung des RG aus dem Jahre 1941 [121] wird die Ansicht vertreten, der Abschluß "von Verträgen, die unter Bezugnahme auf oft sehr umfangreiche AGB .. geschlossen werden", stelle sich "kaum noch als eine echte vertragliche Vereinbarung all dieser den Vertragsinhalt bildenden Regelungen dar. Sie bedeute "viel eher eine Unterwerfung unter eine bereitliegende Rechtsordnung," und es

---

116) siehe oben S. 93
117) vgl. RGZ 81/117 ff(119) - VII - Urt.v.13.12.1912.
118) so RGZ 106, S.120 ff (123) und in RGZ 134, S.83 - Urt.v.19.1o.1931.
119) vgl. auch noch RGZ 157, 67 ff (70); 170, 233 ff (241); 171, 43 ff(47/48).
120) so RGZ 111, 276 ff (278): Das RG spricht von "Rechtseinheit".
121) so RG DR 1941, S. 1210 (S. 1212 r. Sp.).

komme wenig darauf an, was dem in die Rechtsordnung Eintretenden im einzelnen von ihrem Inhalt bekannt sei ... Die Parteien hatten in diesem Falle beim Vertragsschluß auf die Versicherungsbedingungen Bezug genommen, die damit Bestandteil des Vertrages geworden waren.

In einem anderen Erkenntnis aus dem Jahre 1941[123] führt das RG aus, das angefochtene Urteil nehme ohne weiteres an, daß die in Frage stehende Bestimmung, falls sie Vertragsinhalt geworden sei, den gesamten Ansprüchen der Beklagten entgegenstehe. Das sei auch von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen worden. Sollte dieser Satz besagen, daß die Klägerin mit der Beklagten über diese Bedeutung der Klausel einig sei, dann wäre für eine richterliche Auslegung kein Raum.[124]

Noch in dem letzten zu dieser Frage veröffentlichten Urteil[125] meint das RG: Maßgeblich sei, wie die Rechtsordnung, welche von der verklagten Gesellschaft in ihren Versicherungsbedingungen der Klägerin angeboten sei, habe aufgefaßt werden dürfen.

b) Die Rechtsprechung nach 1945 wiederholt die Formulierungen des RG: so der OGH[127] unter wörtlicher Wiedergabe der vom RG[127a] verwendeten Kennzeichnung.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang ein Urteil des KG aus dem Jahre 1949.[128] Das KG befaßt sich hier mit der Frage, ob und wann die für allgemein verbindlich erklärten und veröffentlichten Allg. Deutschen Speditionsbedingungen (ADSp.) Anwendung finden:[129] Es komme nicht auf die Allg. Verbindl. Erklärung an. Die ADSp. seien "nichts als AGB des Verkehrsgewerbes". Auch gegenüber einem Nichtkaufmann gelten die ADSp., weil "nämlich allgemein gültigen, typischen Geschäftsbedingungen die Bedeutung einer Rechtsordnung, eines materiellen Gesetzes i.S. von Art. 2 EGBEGB und nicht die einer vertraglichen Vereinbarung" zukomme. Für die Annahme des normativen Charakters der AGB sei nicht entscheidend, ob jene Bedingungen allgemein verbindlich und unter Mitwirkung staatlicher Organe oder öffentlich-rechtlicher Körperschaften zu-

---

123) in DR 41, 1727, li. Sp.

124) in RGZ 134, 82 ff (83) - beim Begriff des typischen Vertrages - spricht das RG von 'Vertragsnorm'.

125) in RGZ 171, S. 43 ff (47)

127) in NJW 49, 905.

127a) in DR 41/1210(1212), siehe S.117, 118

128) in MDR 1950, S.286 - Urt.v.22.10.1949.

standegekommen seien. Es komme allein auf die "Zweckbestimmung der einheitlichen Tatbestände" an. Seien die ABG veröffentlicht, dann bedürfe es keiner besonderen Unterwerfung. Dann seien die AGB allgemein bekannt.

Der BGH folgt in einer Entscheidung vom 19.1.1951 [130] der reichtsgerichtlichen Rechtsprechung. Auch für ihn stellt sich der Abschluß von Verträgen kaum noch als eine echte vertragliche Vereinbarung all dieser den Vertragsinhalt bildenden Regelungen dar. Er bedeutet viel eher die Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung, und es komme wenig darauf an, was den in diese Rechtsordnung Eintretenden im einzelnen von ihrem Inhalt bekannt sei. Indem das Gepäck dem Beklagten formlos und ohne jede weitere Vereinbarung zur Beförderung übergeben worden sei, habe der Kläger sich stillschweigend dem Tarif und der damit verbundenen KVO [130a] unterworfen. Das Bestehen solcher allgemeinen Ordnung müsse er als ein in leitender wirtschaftlicher Stellung seit Jahren tätiger Mann in Rechnung stellen; andernfalls hätte er auch besondere Vereinbarungen über das Entgelt getroffen. Der BGH spricht ebenfalls von 'allgemeinen' und von normativen Vertragsbeziehungen.

In einer später ergangenen Entscheidung [131] heißt es, die Meinung der Revision, die Allgemeinen Lagerbedingungen müßten ohne weiteres zur Beurteilung des Lagervertrages herangezogen werden, sei rechtsirrig. Die ALB stellten eine allgemeine normative Rechtsordnung dar, die an die Stelle dispositiver gesetzlicher Vorschriften treten könne, keinesfalls aber diese letzteren ohne weiteres ersetze. Es bedürfe vielmehr stets einer Unterwerfung der Vertragsparteien unter diese Rechtsordnung, die auch stillschweigend erfolgen könne. Im normalen Geschäftskreis der Beklagten, also einer Möbelhandlung, sei nicht ohne weiteres eine solche beiderseitige Unterwerfung zu unterstellen. [132]

---

129) Die ADSp. wurden für allg. verbindlich erklärt durch Anordnung des Reichsverkehrsministers vom 29.12.1939 - DReiAnz. 40, Nr. 46.

130) BGHZ 1, 83 ff (86).

130a) Kraftverkehrsordnung für den Güterverkehr mit Kraftfahrzeugen (Beförderungsbedingungen), abgedruckt bei Baumb.-Duden. Komm. z. HGB, Vor § 425

131) BGHZ 3, 200 ff (203).

132) Die allgemeinen Versorgungsbedingungen sind nach der Ansicht des OLG Frankfurt/M. - NJW 52, 1306 - Rechtsnormen.

In einem Erkenntnis aus dem Jahre 1953 [133] lehnt der BGH ab, daß die ADSp. auch ohne Unterwerfung anzuwenden sind. Es bedürfe stets einer - wenn auch stillschweigenden - Unterwerfung.

Noch deutlicher heißt es in einem Urteil des 1. Senats vom 8.7.1955:[134] Die ADSp. seien keine gesetzlichen Bestimmungen. Eine stillschweigende Unterwerfung könne nur dann angenommen werden, wenn der Auftraggeber wußte oder wissen mußte, daß der Spediteur seinen Geschäften die ADSp. zugrunde zu legen pflege. [135]

Daß der BGH für eine Unterwerfungserklärung die gleichen Anforderungen aufstellt, wie sie beim Vertragsschluß üblich sind, zeigt ein Urteil vom 29.9.1955. [136]

Danach sei eine Unterwerfung nicht gegeben, wenn die AGB der Auftragsbestätigung beigefügt seien und der Empfänger - ein Vollkaufmann - schweige. Dann müßten die allgemeinen Grundsätze über den Vertragsschluß zur Anwendung kommen. In der "Auftragsbestätigung" liege nach § 150 BGB die Ablehnung der Offerte, verbunden mit einem neuen Antrag: Schweigen hierauf habe aber grundsätzlich die Ablehnung des neuen Antrages zur Folge. [137] Es müsse im Interesse eines auf die Grundsätze von Treu und Glauben ausgerichteten kaufmännischen Verkehrs verlangt werden, daß ein Kaufmann, der seine Geschäftsbedingungen ohne eine weitere Bezugnahme auch zum Inhalt eines weiteren Geschäftes mit seinem Vertragspartner machen wolle, diesem die Bedingungen schon beim ersten Geschäftsabschluß bekannt gebe, sofern sie seinem Vertragspartner nicht schon ohnehin vorher bekannt seien.

2. Die Wissenschaft ist über den Rechtscharakter der AGB geteilter Meinung. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, daß es sich bei den

---

133) BGHZ 9, 1 ff (3) - Urt. v. 3.2. 1953.
134) siehe BGHZ 18, 98 ff (100).
135) a.a.O., S. 99.
136) BGHZ 18, 212 ff.
137) a.a.O. S. 215

AGB um rechtsgeschäftliche Vereinbarungen handelt.[138] Ein kleiner Teil der Lehre dagegen hält die AGB für Rechtsnormen.[139]

a) Nach der von O.v. GIERKE vertretenen Genossenschaftstheorie[140] hat das Recht seinen Ausgangspunkt in einer organisierten Gemeinschaft. Dann können auch andere Gemeinschaften als der Staat Recht setzen, und auch die kleinste Gemeinschaft, nämlich die zweier Vertragspartner, ist in der Lage, objektives Recht zu schaffen. Demnach sind nach O.v. GIERKE die AGB Rechtsnormen.

In neuerer Zeit ist als erster EILLES für den Normencharakter der AGB eingetreten.[141] Während nach RAISER[142] Rechtsgeltung nicht ohne Rechtszwang bestehen kann und nach ihm zur Erreichung dieses Zieles die zunächst nur ideal existierende Rechtsordnung der AGB erst zur konkreten 'Vertrags'-rechtsordnung erhoben werden muß, hängt nach EILLES "die Anerkennung der AGB als eines objektiven Rechts" "nicht von diesen dogmatischen Einzelheiten" ab. Hierfür genügt, "daß eine von Wirtschaftsgruppen beratene Rechtsordnung von ihnen aufgestellt, also objektiviert worden ist, daß sie dieser Ordnung ihre Sanktion erteilt, sich zunächst selbst daran gebunden haben und, was am wichtigsten ist, daß sie mit ihrer wirtschaftlichen Macht hinter ihr stehen;da-

---

138) so BAUMBACH-DUDEN, Komm.z.HGB.12.Aufl. Anh.I nach § 346, Anm.1-A.; RAISER, S.109, vgl.auch S.161 ff; ebenso SJZ 50, 670; STOLDT, MDR 51, 141 ff; WOITE, Freizeichnungsklauseln in den AGB der Banken, Diss.Leipzig, 1931, S.18, 62, Anm.171; HUSMANN, Karl-Heinz, Rechtsfragen zu den AGB der Banken unter besonderer Berücksichtigung ihrer Rechtsnatur, Diss.Göttingen, 1935, S.8; WREDE, Günther, Die Abänderungen des Bürgerlichen Rechts durch die Geschäftsbedingungen der Banken, Diss.Göttingen 1931, S.5; ODEBRETT, Rudolf, Rechtsverbindlichkeit und Rechtswirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen unter besonderer Berücksichtigung der Bankbedingungen, Diss.Königsberg, 1932 S.3 ff; PAGENSTECHER, Max, Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, 2.Aufl.S.140; GROSZMANN-DOERTH, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, S.5, 6.

139) EILLES, DGWR 1941, 121 ff; HERSCHEL, DR 41, 54 ff; DR 41, 1727 ff; DR 42, 756 ff; SIEBERT, DR 41, 1930 ff; BERNHARDT, DR 42, 1171 ff; nach 1945: HAMANN, MDR 49, 209 ff; SCHMIDT-LOSZBERG, MDR 49, 609 ff; -Näheres im folgenden Text.

mit ist der Akt der Rechtserzeugung vollendet, - womit über die 'Qualität' des Begriffes 'Recht' hier nichts ausgesagt wird, als daß es als solches auftritt und hingenommen wird." EILLES meint dann, auch das Gesetz bestehe zunächst nur in der Idee ... Ihre Bestimmungen warteten auf den Fall ihrer Verwirklichung, die durch konkreten Einzel'vertrag' oder durch Gruppensanktion geschehen könne; ohne solche bleibe es bei der Idee. Im übrigen würde sich durch die Art der Sanktion nichts ändern, die durch den Einzelvertrag oder durch Gruppensanktion geschehe. Das objektive Recht würde dadurch so wenig zum Vertragsrecht wie autonomes Vereinsrecht durch den Eintritt eines Mitgliedes.

Für den Normencharakter tritt auch HERSCHEL [143] ein. Die Vertragsordnungen seien "nicht etwa ein sich oft wiederholender, gleichbleibender vereinbarter Vertragsinhalt", sondern sie gehörten "der objektiven Rechtsordnung" an, stellten also "echte Normen" dar. Dieses Recht sei kein nachgiebiges oder gar zwingendes Recht im gewöhnlichen Sinne. Es gelte nicht ohne weiteres, sondern es bedürfe der rechtsgeschäftlichen Mitwirkung der Vertragsteile. Die Vertragsordnung lebe unabhängig vom Willen der Vertragsteile als materielles Gesetz, sie könne aber auf einen bestimmten Vertrag erst Anwendung finden, nachdem sich die Vertragsteile ihr - ausdrücklich oder stillschweigend - rechtsgeschäftlich unterworfen hätten. Die erwähnte rechtsgeschäftliche Mitwirkung der Vertragsteile sei also ihrem Wesen gemäß rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter ein sonst nicht anwendbares materielles Gesetz. Die Unterwerfung unter eine Vertragsordnung sei daher - dogmatisch betrachtet - überhaupt kein Vertragsabschluß, sondern eine - meist in einen Vertrag eingebettete - Vereinbarung besonderer Natur- Sie sei schon deshalb kein Vertrag, weil die Beteiligten nicht inhaltlich verschiedene, sondern inhaltlich gleiche Erklärungen abgäben.

---

140) Dtsch.Priv.Recht I, S.112 ff - vgl. hierzu RAISER, Recht der AGB, S.63 ff; dagegen SCHMIDT-RIMPLER, AcP Bd. 147 (1941), S.159 ff u.v.BRUNN, S.77.

141) Dtsch.Gem.u.Wirtsch.R.1941, 121 ff (127).

142) Recht der AGB, S. 67, 76 ff (S. 77).

143) in Anm. zu RG DR 1941, 1726 auf S. 1727 unter 3.

In einem anderen Beitrag zu dieser Frage meint HERSCHEL: [144] "Die Beteiligten begeben sich mit ihrem Vertrag in eine bestehende Rechtsordnung hinein", ... "unterwerfen sich einem Spezialgesetz, aber dieses Spezialgesetz wird dadurch nicht Vertragsbestandteil". "... es bleibt ausschließlich objektives Recht, es bleibt ausschließlich ein abstraktes Gefüge normativer Sätze, ein Gesetz im Sinne des Art. 2 EGBGB" [145].

Auch SIEBERT [146] vertritt die Normenlehre unter Hinweis auf die oben angeführte Entscheidung des RG [147] und auf EILLES [148]. Damit nähere man sich - so führt SIEBERT aus - immer mehr dem Recht der Anstaltsnutzung.

BERNHARDT rügt, [149] daß man mit begrifflicher Deduktion an die AGB herangehe. Man könne sich nur dann über ihr Wesen klar werden, wenn man die AGB von ihrer Wirkung auf die Rechtsgestaltung her betrachte. Von Vertragsfreiheit könne keine Rede sein, da die sich aus der Vertragsfreiheit ergebende Gestaltungsfreiheit der Parteien 'außer Kraft' gesetzt sei. Daß die AGB keine rechtsgeschäftlichen Produkte seien, zeige sich an der Frage, wie AGB für den einzelnen Geschäftsabschluß verbindlich würden. Wenn der Kunde von den AGB nichts wisse, aber mit einem Partner abschließe, der erfahrungsgemäß nur aufgrund seiner Bedingungen Geschäfte eingehe, dann würden die AGB ohne Parteivereinbarung, demnach automatisch für den Einzelvertrag wirksam. Mit der automatischen Geltung seien die AGB zu eigenartigen Rechtsnormen geworden, ähnlich dem Gesetzesrecht. Für den Normencharakter spreche, daß die AGB der Revision unterliegen würden wie sonstige Rechtsnormen. Aber auch dann, wenn die AGB kraft Parteiwillens wirksam würden, seien sie nicht schlechthin rechtsgeschäftlicher Inhalt des Einzelvertrages. Die Vertragsordnung bestehe schon vor Abschluß des Einzelvertrages und bestehe nach dessen Erlöschen noch weiter fort, ebenso wie das BGB. Gegen den Normencharakter

---

144) in DR 1942, 753 ff - hier auf S. 754/755.

145) Auch v.CAEMMERER, BDJ, Drucksache Nr.22.S.15, verwendet die Formel von der fertig bereitliegenden Rechtsordnung, der sich die Parteien unterwerfen, ohne allerdings den Normencharakter festzustellen.

146) in DR 41, 1930 ff unter II - 6 - o (S.1932).

147) siehe Anm.143

148) siehe S.121 ff.

149) DR 42, 1171 ff (S. 1172).

spreche auch nicht, daß die AGB nicht erzwingbar seien. Erzwingbarkeit sei kein charakteristisches Merkmal der Rechtsnorm.

Nach 1945 ist der Normencharakter der AGB vertreten worden von HAMANN. [150]) Die AGB schöpften ihre Legitimität gleichsam aus einer Sonderordnung, wie sie sich z.B. aus dem Wechselrecht ergebe. Das Monopol des staatlich organisierten Gesetzgebers sei durch das Gewohnheitsrecht durchlöchert worden. Außerdem könne man den Staat als alleinigen Gesetzgeber nur ansehen bei "einem aus Quellen totalitären Denkens gespeisten politischen Axiom".

SCHMIDT-LOSZBERG [151]) ist der Ansicht, daß man die Geltung der ADSp. als Vertragsgrundlage nicht von der ausdrücklichen Vereinbarung zwischen den Parteien abhängig machen könne. Die Anordnung durch den Reichsverkehrsminister vom 29.12. 1938 stelle eine einseitige Gesetzesnorm dar, so daß ein Verstoß dagegen bei anderweitiger vertraglicher Vereinbarung nicht Unwirksamkeit des Geschäftes nach § 134 BGB bewirke, sie bleibe aber eine Norm, nach der sich die Spe-[152]) diteure zu richten hätten. In einer Anmerkung zu einem Urteil des KG heißt es: Die "Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung" könne erst bejaht werden auf Grund ständiger Anwendung im Zusammenhang mit dem Umstand, daß sowohl ADSp wie KVO von seiten der Behörden gebilligt und mit in Kraft gesetzt worden seien. SCHMIDT-LOSZBERG wendet sich dagegen, daß von der Rechtsprechung eine stillschweigende Unterwerfung verlangt werde. Der Handelsbrauch, § 346 HGB, beruhe auf der 'Verkehrssitte' unter Kaufleuten und sei auch unabhängig von der Frage der Kenntnis oder Nichtkenntnis des Brauchs auf seiten der Parteien. Warum es im Verkehr mit Nichtkaufleuten anders sein solle, sei nicht einzusehen. Es seien alle in eine Rechtsordnung gestellt, die die wenigsten ganz oder teilweise kennten. Die Gerechtigkeit im Einzelfalle mit dem Ermessen des Gerichts, ob stillschweigende Parteivereinbarung anzunehmen sei, beschwöre nur zu leicht die Gefahr der Rechtsunsicherheit herauf.

b) Die HM, nach der es sich bei den AGB nicht um objektives Recht handelt, kann nur bestätigt werden, wenn es gelingt, die eben vorgetragenen Argumente zu widerlegen. Dazu ist zunächst erforder-

---

150) in MDR 49, 209 ff (S. 210)
151) in MDR 49, 609 ff.
152) in MDR 1951, S. 284.

lich, den herkömmlichen Begriff des Gesetzes und der Rechtsnorm zu untersuchen.

Die HM [153] führt alles Recht im eigentlichen Sinne auf den Staat zurück, sie spricht ihm das Rechtsetzungsmonopol zu. Danach gehören zum objektiven Recht nur die vom Staat selbst durch seine Organe erlassenen Rechtssätze und die mit staatlicher Zulassung von einem im Staate bestehenden engeren autonomen Verband erzeugten Verhaltensnormen. [154] Rechtsquellen im formellen Sinne sind Satzung und Gewohnheitsrecht. Unter einer Satzung versteht man ein Gesetz im materiellen Sinne und die autonome Satzung. [155] Bei dem Gesetz im materiellen Sinn hat entweder unmittelbar - so bei dem Gesetz im formellen Sinn - oder doch mittelbar - so bei der Rechtsverordnung durch die Ermächtigung - die Volksvertretung mitgewirkt. Autonome Satzung ist eine Rechtsvorschrift, die von einem mit Rechtsetzungsbefugnis ausgestatteten, im Staate bestehenden engeren Verband erlassen ist. Unter Gewohnheitsrecht versteht man die durch tatsächliche Übung innerhalb einer Gemeinschaft erzeugte Rechtsregel. Hierbei ist erforderlich eine tatsächliche, nicht bloß vorübergehende gleichmäßige Übung innerhalb der Gemeinschaft und eine derartige Übung im Sinne einer auch für die Zukunft maßgebenden Verhaltensnorm (Geltungswille). [156]

c) O.v.GIERKE baut in seiner Genossenschaftstheorie das Recht von "unten nach oben" auf, während die heute HM "von oben nach unten" vorgeht. Mit logischen Argumenten kann man nicht die eine Auffassung als richtig die andere als falsch hinstellen. [157] Man muß deshalb auf anderen Wegen eine Lösung versuchen. Hierbei ist davon auszugehen, daß auf die Fragen des Rechts und somit auch der Rechtsquellen nicht zu allen Zeiten die gleiche Antwort gegeben worden ist. Demnach kann auch der rechtliche Charakter der AGB nicht ein- für allemal klargestellt werden. Vielmehr kann die Antwort allenfalls zeitgebundene

---

153) vgl. LEHMANN, Allg.Teil, 1949, § 3-I-2.

154) vgl. E.JACOBI, Grundlehren des ArbR. 1927, S.79, Anm.11 - der Gegensatz wird bedeutsam bei den Tarifverträgen vor Erlaß des TVG. Die HL sah den Tarifvertrag als Rechtsquelle an; a.A.E.JACOBI (a.a.O., S.260 ff(268)). Heute ist diese Frage durch § 4 I TVG für den normativen Teil geklärt; vgl.NIKISCH, Arbeitsrecht, Bd.II, 2.Aufl., S.216ff.

155) Über den Begriff der Vereinbarung vgl.die Ausführungen von LEHMANN, a.a.O., § 3-II-4 und die dort angegebene Literatur.

156) vgl. LEHMANN, a.a.O., § 3 III 1 b - anders die ältere Übungstheorie und die sog.Überzeugungstheorie.

Gültigkeit beanspruchen. Dann aber darf diese Antwort nicht mit dem "Zeitgeist", d.h., vor allem mit der herrschenden Auffassung über das Verhältnis des einzelnen zur Allgemeinheit, in Widerspruch stehen.[158]

In unserer Zeit aber kann der einzelne als Rechtsschöpfer nicht in Betracht kommen. Recht kann nur schaffen, wer mächtig genug ist, es durchzusetzen. Ist Macht auch nicht die alleinige Voraussetzung, so kann doch positives Recht ohne Macht nicht durchgesetzt werden. Wer auf dem Boden der Wirklichkeit stehen will, der kann deshalb die Machtverhältnisse nicht außer acht lassen. Auch die Macht der Wirtschaftsgruppen ist kein Zeichen dafür, daß sie Recht erzeugen können. Zwar sind die Gruppen in der Lage, Außenseiter wirtschaftlich zu vernichten. Entscheidend ist aber, daß der Staat machtvoll genug ist, sich gegen die Gruppen zu wenden und ihre auf dem Gebiete des Rechts getroffenen Maßnahmen zu mildern oder aufzuheben. Man braucht nur daran zu denken, wie die Rechtsprechung des RG und des BGH die Grenzen des verlängerten Eigentumsvorbehalts bestimmt hat und noch bestimmt, ohne daß sich auch noch so mächtige Gruppen dagegen auflehnen können. Einzig und allein der Staat ist in der Lage, sein 'Recht' durchzusetzen.

Noch ein zweites muß hinzukommen, wenn eine Bestimmung als Recht anerkannt werden soll. Wer Recht setzen will, muß ein gerechtes Abwägen aller Interessen erstreben. Die Mehrheit der Bevölkerung muß sich zu dem Satz als Recht bekennen. Das aber ist nicht der Fall, wenn es sich um einseitig festgelegte Bedingungen handelt. Gerade deshalb fordert die HM die Sanktion durch den Staat, d.h. durch die Volksvertretung, oder bei dem Gewohnheitsrecht durch die Allgemeinheit unmittelbar. Der Begriff des positiven Rechts kann nicht ohne Rücksicht auf den Inhalt bejaht werden. Wird ein Gesetz geschaffen, so enthält die Teilnahme der Volksvertreter eine Vermutung dafür, daß alle Interessen gerecht abgewogen worden sind. Es müssen also, will man etwas als Recht ansehen, zusammentreffen: Die Macht, das Recht auszuüben, und das Streben der Machtträger nach Gerechtigkeit. Somit ist die Auf-

---

157) so zutreffend HERSCHEL in DR 1942, 753 ff (754 r.Sp.) - deshalb ist die Auffassung HOLZBERGs nicht bedenkenfrei.(a.a.O., S.34)

158) Vgl.etwa den Gedanken des Schuldstrafrechts oder der sozialen Adäquanz im Zivilrecht(siehe dazu NIPPERDEY, Allg.Teil, § 209-II); - selbst die Antwort auf das 'umwandelbare Naturrecht' ist nicht einheitlich erfolgt - vgl.hierzu WELZEL, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1955.

fassung O.v. GIERKE's als nicht dem Zeitgeist entsprechend abzulehnen.

ELLES' Meinung, die auf die wirtschaftliche Macht der Gruppen abstellt, berücksichtigt nicht die Macht des Staates und ist deshalb nicht stichhaltig.

Ebensowenig überzeugen HERSCHEL's Ausführungen. Man kann nicht gegen die Vertragsnatur der AGB einwenden, daß die Beteiligten nicht inhaltlich verschiedene, sondern inhaltlich gleiche Erklärungen abgeben. Das Wesen der Verträge liegt in der Einigung in dem Übereinkommen hinsichtlich des zu erreichenden Erfolges, so daß es auf die inhaltlich verschiedenen oder inhaltlich gleichen Erklärungen nicht ankommt. Auch die Tatsache einer generellen Regelung für alle abzuschließenden Verträge vermag den Rechtscharakter nicht zu begründen. Auf die 'Unterwerfung' der Parteien unter eine beteiligende Rechtsordnung kann es nicht ankommen, objektives Recht - das sind nach HERSCHEL's Meinung die AGB - setzt der 'Natur der Sache nach' voraus, daß eine Billigung der Parteien nicht ausschlaggebend ist.

SIEBERT's Hinweis, daß sich die AGB dem Recht der Anstaltssatzung näherten, verkennt die staatliche Sanktion der Anstaltssatzung. Gerade weil der Staat den Träger der Anstalt ermächtigt, Recht zu setzen, handelt es sich um Normen.

Wenn BERNHARDT rügt, daß man mit begrifflicher Deduktion an die AGB herangehe, so übersieht er, daß gerade die der Deduktion zugrunde liegende Interessenlage auch heute noch der Wirklichkeit entspricht. Auch gegenüber dem Träger eines Monopols kann sich der einzelne nicht durchsetzen. Trotzdem erkennt niemand dem Monopol-Inhaber die Befugnis zu, Recht zu setzen. - Die Ausführungen BERNHARDT's vermögen nichts für den Normencharakter der AGB herzugeben. BERNHARDT zieht nur die Konsequenz für den Normencharakter der AGB: Auf den Willen der Parteien, die AGB zum Inhalt des Vertrages zu machen, kann es - von BERNHARDT's Standpunkt aus gesehen - nicht ankommen. Es ist auch nicht entscheidend, ob die Parteien etwas von der Existenz solcher AGB gewußt haben oder wissen und ob der Unternehmer erfahrungsgemäß nur aufgrund von AGB Geschäfte eingeht. Mit Recht hat sich jedoch die HL in der Anerkennung des Normencharakters zurückgehalten. Nach ihr können AGB dann zu Normen werden, wenn die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechtes erfüllt sind. [159]

---

159) vgl. statt aller RAISER, AGB. S. 78; derselbe zur rechtssoziologischen Deutung der AGB allgemein, S. 76 ff.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang BERNHARDTs Hinweis auf die Revisibilität. In der Tat gestatten die §§ 549, 550 ZPO die Revision nur, wenn eine Rechtsnorm verletzt ist. Die Revision bezweckt u.a., die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten.[160] Es ist demnach der Gedanke der Rechtssicherheit, der zur Revision führt. Die Rechtssicherheit ist vor allem bei einer verschiedenen Auslegung von Rechtsnormen gefährdet, weil Rechtsnormen eine abstrakte Zahl von Fällen erfassen. Die gleiche Lage ist aber auch bei den AGB gegeben. Die Rechtsprechung hat deshalb die AGB für revisibel erklärt. Mit Recht stellt aber die HM fest, daß das RG und auch der BGH die §§ 549, 550 ZPO nicht unmittelbar, sondern nur analog anwenden.

HAMANNs Polemik gegen die Allmacht des totalitären Staates wäre nur dann begründet, wenn er hätte nachweisen können, daß vom "Gesetzgeber" nicht gefordert werden dürfte, die von ihm gesetzten Normen durchzusetzen. Diesen Nachweis ist HAMANN schuldig geblieben.

Ebensowenig überzeugt die Klage SCHMIDT-LOSZBERGs darüber, daß die AGB als Handelsbrauch zwischen Kaufleuten gelten, nicht aber im Verhältnis zu Privatleuten zur Anwendung kommen. Es kann nicht entscheidend sein, ob der Nichtkaufmann die Gesetze kennt, da die Gesetze unter Mitwirkung der von ihm gewählten Vertreter zustandekommen und deshalb die Gewähr für eine gerechte Interessenabwägung gegeben ist.

Schließlich ist noch zu prüfen, ob die Art des Wirksamwerdens der AGB dazu zwingt, deren Normencharakter zu bejahen.

Nach dem BGH gelten die AGB auch dann, wenn der Kunde sie zwar nicht gekannt hat, sie aber kennen mußte. Das sei die geringste Voraussetzung für die 'stillschweigende Unterwerfung'.[161]

Auf ähnlichem Wege versucht KRAUSE,[162] eine Lösung zu finden. Es handelt sich nach ihm bei den AGB als einer Erscheinung der modernen Massenwelt um normierte und typisierte Verträge. Für den Kunden bestehe eine auf sozialem Kontakt beruhende Obliegenheit, der Geltung

---

160) so LENT, Zivilprozeßrecht, § 72-I-3.
161) siehe Anm. 135
162) BB 55, S. 265 ff (267).

der AGB zu widersprechen, wenn er ihre Geltung nicht anerkennen wolle. Die verschuldete Nichterfüllung dieser Obliegenheiten bringe den Nachteil, daß die Geltung der vom Gegner aufgestellten AGB auch ohne eine dahin zielende Willenserklärung des Kunden eintrete.

Gegen beide Lösungen bestehen Bedenken. KRAUSE schafft eine neue Form des Vertragsschlusses, wie sie das BGB nicht kennt. Fraglich ist weiterhin, wie die Obliegenheit, die Unterwerfung abzulehnen, dogmatisch zu begründen ist. KRAUSE stellt auf Verschulden ab, ebenso der BGH. Dem Gebiet der Willenserklärung ist aber das Verschuldensprinzip fremd. Die Willenserklärung richtet sich in ihrem erklärten Inhalt nach dem Empfängerhorizont. Da beim Erklärenden wenigstens das Erklärungsbewußtsein vorhanden sein muß, [163] kann sich der Erklärende bei einer Vereinbarung der AGB niemals darauf berufen, daß eine gültige Willenserklärung nicht vorhanden gewesen ist, denn der Erklärende ist sich immer darüber im klaren, daß er eine Willenserklärung abgibt. Damit hat er das erforderliche Erklärungsbewußtsein. Ob AGB Vertragsinhalt geworden sind, scheint nicht so sehr von dem 'kennen müssen' abzuhängen als vielmehr von einer schlüssigen Erklärung. Wird üblicherweise in diesem Handelszweige und unter diesen Vertragspartnern zu AGB abgeschlossen, dann hat der Erklärende eine entsprechende Erklärung abgegeben. Nur dann kann man im Sinne des BGH von einer 'stillschweigenden Unterwerfung' sprechen.

Auch die Betrachtung des Wirksamwerdens der AGB zeigt somit, daß es nicht erforderlich ist, eines praktikablen Ergebnisses wegen bei den AGB den Normencharakter zu bejahen.

d) Ist es nicht möglich, die AGB als Rechtsnormen einzustufen, dann können sie nur rechtsgeschäftlicher Natur sein. Mit Recht zieht der BGH bei der Allgemeinverbindlichkeitserklärung der ADSp. nicht die Folgerung, daß die ADSp. damit zu Rechtsnormen geworden sind. Zutreffend begründen der BGH und RAISER ihre Ansicht damit, daß die Allgemeinverbindlichkeitserklärung durch den Reichsverkehrsminister nicht für die Allgemeinheit bedeutsam sei, da keine entsprechende Ermächtigung vorgelegen habe. Es kommt somit für die Rechtsnatur heute nicht mehr auf den Unterschied zwischen den einfachen AGB und den für allgemein verbindlich erklärten Bedingungen an.

---

163) LEHMANN, Allg. Teil § 24-IV-1-b-ß.

Doch ist es - auch wenn die Rechtsprechung der Normenlehre nicht folgt - weniger glücklich, wenn die Judikatur die von HERSCHEL geprägte Formel übernimmt und meint, die AGB seien viel eher eine Unterwerfung unter eine bereitliegende Rechtsordnung'. Aus dieser Fassung muß man den Eindruck gewinnen, daß die Rechtsprechung die AGB als bereits vorhandene Rechtsordnung ansieht. Existenz vor der Aufnahme in den Vertrag kommt aber nur dem objektiven Recht zu. Vertragsrecht entsteht erst mit Vertragsschluß. Deshalb ist die von der Rechtsprechung gewählte begriffliche Umgrenzung der AGB nicht sonderlich geeignet, das rechtliche Wesen dieser Bedingungen zu erfassen. [164]

Ergebnis:

Bei den AGB handelt es sich nicht um Rechtsnormen, sondern um rechtsgeschäftliche Vorschriften, die ihrer abstrakten Allgemeinheit wegen eine gewisse Ähnlichkeit mit Rechtsnormen aufweisen. [165]

III. Wenn die Waren mehrerer Vorbehaltslieferanten verarbeitet werden und 'Verarbeitungsklauseln' vereinbart sind, so erwerben die Verkäufer nach der Ansicht von FLUME im Werte der ihnen gehörenden, verarbeiteten Ware das Miteigentum an der neuen Sache, da die 'Verarbeitungsklausel' die Wirkung des § 950 BGB ausschließe. Nach der Meinung des Verfassers können die Lieferanten nur im Wege der Sicherungsübereignung Miteigentümer werden. Verändert nun der Verarbeitende die neuen Sachen oder verkauft er mehrere Sachen verschiedener Lieferanten, so will - worauf schon oben [166] hingewiesen wurde - FLUME [167] - de lege lata - den verlängerten Eigentumsvorbehalt auf die Forderung in Höhe des Wertes der weiterverkauften Vorbehaltsware beschränken.

Gegenüber FLUME ist auf die im Einzelfalle auftretenden Beweisschwierigkeiten hingewiesen worden. [168] Es sei sehr zweifelhaft, welche Ware tatsächlich veräußert worden sei und wonach sich ihr Wert bestimme, ob etwa

---

164) MÖLLER, Prot.über Streitgespräche über Zulässigkeit und Wirkung der AGB, 41.Dtsch.Juristentagm 1955, E 23.

165) Daß der Geltungsgrund für die AGB der Vertrag ist, wird auch von NASTELSKI, DRiZ 55, S.212 bejaht.

166) oben S. 41, 42.

167) NJW 50, S.841 ff (847, 848).

168) v.CAEMMERER, BDI, Drucks.Nr.22, S.16; Norbert O.FISCHER, a.a.O., S.52

auch zwischenzeitliche Preisschwankungen berücksichtigt werden müßten.

Die Bedenken sind jedoch nicht begründet. Etwaige Preisschwankungen sind unproblematisch, da FLUME nur den Wert der verarbeiteten Stoffe im Augenblick des Abschlusses des Kaufvertrages gemeint hat, denn in diesem Augenblick entsteht die Forderung auf Zahlung des Kaufpreises.[169]

FLUME[170] hat mit Recht darauf hingewiesen, daß eine Teilabtretung in Höhe des Wertes des verwendeten Materials nicht unbekannt sei, die Rechtsordnung lasse vielfach Forderungen in Höhe des Wertes eines Gegenstandes entstehen, so z.B. im Falle von § 951 BGB.

v. CAEMMERER[171] meint jedoch, daß FLUMEs Beispiel nicht ganz passe. Es sei etwas anderes, ob man den Umfang einer Ersatzforderung nach dem Wert des verbrauchten untergegangenen Gutes bestimme oder oder ob man Teilabtretungen in Höhe des Wertes der in den verkauften Gegenständen steckenden Vorbehaltsware zulasse. Bei solchen Teilabtretungen gehe es um die Interessen des Schuldners, der wissen müsse, an wen er zahlen dürfe. Außerdem müßten Zweitzessionare und Pfändungspfandgläubiger in der Lage sein, festzustellen, welche Rechte ihnen vorgehen und ob sie die an sie geleisteten Zahlungen behalten könnten oder nicht.

Die Bedenken v. CAEMMERERs sind jedoch unbegründet. Daß der Zedent grundsätzlich zur Einziehung der Forderung ermächtigt ist, wurde schon[172] bejaht, ebenso die Tatsache, daß der Zedent befugt ist, den

---

169) Wenn bei einem ungünstigen Weiterverkauf des Vorbehaltskäufers der Gesamtkaufpreis niedriger als die Summe der Einzelwerte ist, will FLUME die Einzelabtretungen - abgesehen von der Orientierung an den Einzelwerten - auch noch an dem Verhältnis der Summe der Einzelwerte zu dem Gesamtkaufpreis orientieren (a.a.O., S. 847, li. Sp.) - Bedenken hinsichtlich der Individualisierung bestehen dann m.E. insoweit nicht.

170) NJW 50, 847, li.Sp.; so schon ISELE, JW 32, 3175.

171) BDI, Drucks. S. 17.

172) siehe oben S. 114ff

Erlös - bis zum Widerruf durch den Vorbehaltsverkäufer - für sich zu verwerten. Nachdem der Erlös in das Vermögen des Zedenten gelangt ist, kann er auch von einem Gläubiger gepfändet werden. Der Gläubiger kann dann den gepfändeten Betrag verwerten ohne Gefahr zu laufen, ihn später herausgeben zu müssen.

Ferner[173] ist gegen FLUMEs Lösung eingewendet worden, daß bei Teilzahlungen des Letztkäufers Schwierigkeiten auftreten würden, in welcher Weise die Forderung des Vorbehaltsverkäufers und die des Vorbehaltskäufers getilt würden.

Eine Tilgung ist in dreifacher Hinsicht möglich:

a. Zunächst wird die Forderung des Vorbehaltskäufers getilgt, danach die des Vorbehaltsverkäufers;

b. zunächst die des Vorbehaltsverkäufers, sodann die des Vorbehaltskäufers und

c. beide Forderungen werden verhältnismäßig getilgt.

Für den Fall, daß der Letztkäufer keine Angabe darüber gemacht hat, welche Forderung er erfüllen will, muß versucht werden, aus den gesetzlichen Bestimmungen eine Lösung zu finden. Eine Teilabtretung mit dinglichem Vorrang der einen Forderung vor der anderen hat der Gesetzgeber nirgends bejaht.[174] § 366 Abs. 2 BGB bestimmt, dass - wenn keine sonstigen Anhaltspunkte vorhanden sind - mehrere Forderungen des gleichen Gläubigers verhältnismäßig getilgt werden.

Nach § 366 Abs. 2 BGB will der Gesetzgeber, wenn der Schuldner keine Bestimmung über die zu tilgende Forderung trifft, auf das Interesse des Gläubigers abstellen. Da bei dem in dieser Vorschrift vorausgesetzten Fall nur an einen Gläubiger geleistet wird, richtet sich die Tilgung nach dem Grade der sachlich am geringsten gesicherten Forderung, m.a.W. nach dem mutmaßlichen Willen des Gläubigers. Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt ist der mutmaßliche Wille des Einzelberechtigten und Teilgläubigers darauf gerichtet, daß seine Forderung als erste erfüllt wird, - und das Interesse des Zessionars geht dahin, seine ihm abgetretene Forderung möglichst lange als

---

173) v.CAEMMERER, JZ 53, 99; HUFNAGEL, NJW 52, 491; WESTERMANN, Int.Kollissionen, S.21; OLG Celle, NJW 52, 307.

174) ENNECCERUS-LEHMANN, Schuldrecht, § 78 III 6.

Sicherung zu behalten. Aus diesem Grunde wird zunächst die dem Zedenten verbliebene Restforderung getilgt. Erst danach erfolgt eine Tilgung der Forderung des Zessionars. [175]

FLUMEs Ansicht ist jedoch - außer den schon bei der Erörterung des Prioritätsprinzips erwähnten Bedenken- aus anderen Gründen abzulehnen:

FLUME vermag nicht zu erklären, wie sich die Abtretung auf den Wert der Vorbehaltsware beschränken soll, wenn in den AGB eine derartige Beschränkung nicht enthalten ist. Aus der Erklärung selbst ist eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen und aus dem Willen der Parteien ebenfalls nicht, da die Parteien sich diesen Fall nicht vorgestellt haben. Für den Willen der Parteien dürfte allenfalls die Höhe der noch bestehenden Forderung des Verkäufers von Interesse sein.

FLUME stimmt der in dem Urteil vom 16.12.1957 vertretenen Ansicht des BGH[176] zu, die auf den Willen beider Vertragsteile abstellte und die - aufgrund von ALB erfolgende - Abtretung der Forderung in Höhe von 280.000.- DM zur Sicherung eines Anspruchs über 20.000.-- DM für zu unbestimmt erklärte. [177]

RIETSCHEL [178] lehnt die Zession der ganzen Forderung des Unternehmers gegen den Bauherrn ab mit der Begründung, die gelieferten Baustoffe machten in der Regel nur einen Teil dieser Forderung aus. Es würden auch andere Baustoffe bei dem Bauwert verwendet, auf denen ausgleichsweise der gleiche verlängerte Eigentumsvorbehalt laste, hinzu kämen noch Arbeitslohn und Unternehmergewinn. Die Unklarheit in der Ermittlung des abgetretenen Betrages erlaube es daher nicht, die Höhe der dem Lieferanten zustehenden Sicherung festzustellen. Wenn der BGH in dem Urteil vom 25.10.1952 [179] der Vorausabtretung der Forderung die Wirksamkeit nicht versagt habe, so finde das darin seine Rechtfertigung, daß es sich dort um einen Anspruch aus der Ausfüh-

---

175) so im Ergebnis zutreffend FLUME, NJW 1959, S.922, r.Sp., und v.CAEMMERER, Bundesverband der deutschen Industrie, Drucksache Nr.22, S.18, Anm.27;
a.A. RGZ Bd.149, S.97 ff(98);(kein rechtlicher Vorrang des einen Teiles einer Forderung vor dem anderen bei nur zeitlich früherer Abtretung) und LG Hamburg, MDR 1954, S.482, r.Sp., sowie Norbert O.FISCHER a.a.O., S.53.

176) siehe oben S. 92

177) NJW 59, S.917, r.Sp.

führung einzelner begrenzter Arbeiten handelte. Insoweit hätten keine Bedenken bestanden, den gesamten Vergütungsanspruch des Klempners als abgetreten anzusehen.

Den Ansichten beider Schriftsteller kann nicht zugestimmt werden. Es bedarf - daran besteht kein Zweifel - keiner Begründung, daß es im Ergebnis nicht zu billigen ist, wenn die Sicherung den mehr als 1000%-igen Wert des zu sichernden Gegenstandes darstellt. Indessen erscheint es nicht angemessen, eine Lösung über die Auslegung der AGB zu versuchen.

Zwar hat noch neuestens SIEBERT[180] darauf hingewiesen, daß bei der Gesetzesauslegung die fortschreitende Rechtsentwicklung vom Prinzip der reinen Wortinterpretationen zum Prinzip der Willens- und Sinnesinterpretation gelangt sei. Man könnte nun die Feststellung SIEBERTs weiterführen und meinen, daß es dann erst recht bei dem - in höherem Maße auf den Parteiwillen abstellenden - Rechtsgeschäft und demzufolge auch bei den AGB schon bei der Auslegung auf eine Willens- (und nicht so sehr auf eine Wort-) interpretation ankomme.

Eine derartige Methode hat den Vorzug, daß sie schon bei der Auslegung der materiellen Gerechtigkeit zum Siege verhilft. Allerdings geht der Sieg auf Kosten der Rechtssicherheit, denn die Frage, wann eine Abtretung wirksam ist, kann immer nur von Fall zu Fall entschieden werden, da klare Abgrenzungskriterien fehlen. Wer die Willensinterpretation konsequent durchführen würde, müßte sogar zu dem Ergebnis gelangen, daß beide Parteien es dem Sinn ihrer Erklärungen nach gewollt hätten, den Zessionar angemessen zu sichern, deshalb müßte also auch bei der Sicherungsabtretung ein angemessener Teil der Forderungen zediert worden sein.[181] Damit hätte man schließlich das Bestimmtheitserfordernis aufgegeben. Für die Entscheidung über die dingliche Rechtslage wäre das ein nur schwer zu verstehendes Ergebnis. Aus diesem Grunde ist bei den AGB grundsätzlich von einer Wortinterpretation auszugehen.

---

178) Anm. zu BGH - Urt.v. 16.12.57 - LM Nr.6 zu § 398 BGB.

179) siehen oben S. 91

180) Methode der Gesetzesauslegung, S. 1.

181) FLUME, NJW 59, S. 921, li.Sp. - hält in dem vom BGH entschiedenen Fall den verlängerten Eigentumsvorbehalt in Höhe des Wertes des Baueisens für wirksam.

Typische allgemeine Vertragsbedingungen sind nur aus sich selbst heraus, aus ihrem Inhalt, auszulegen, um eine möglichst 'einheitliche' Auslegung zu gewährleisten.[182] Dabei ist für die AGB nicht die Auslegung entscheidend, die der Unternehmer den AGB gibt, sondern "wie sie ein unbefangener, verständiger und redlicher Dritter verstehen muß".[183] Im Gegensatz zur Auslegung individueller Verträge kommt es bei den AGB nicht darauf an, welche Deutung dem Erklärungsempfänger nach seiner Ausbildung oder Stellung im Wirtschaftsleben zugemutet werden kann, sondern wie das Publikum, an das sich die Bedingungen werden, solche Erklärungen aufzufassen pflegt. Ebenso ist - mit Recht - nach der Ansicht des BGH in einem früheren Urteil [184] der innere Wille der Beteiligten ohne Bedeutung. Der BGH hätte in dem Urteil vom 16.12.57 zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß die Forderung aus der Weiterveräußerung abgetreten werden sollte, mithin in ganzer Höhe auf den Gläubiger übergegangen war.

Eine generelle Auslegung bedeutet zudem nicht, daß die Bestimmtheit in jedem 'denkbaren' Fall vorhanden sein muß. [185] Wie bei Einzelverträgen die Vereinbarung von dem zu subsumierenden Sachverhalt zu unterscheiden ist, so gilt das gleiche auch für die AGB. Man kann sogar umgekehrt formulieren: Die Bestimmtheit ist selbst dann noch gegeben, wenn sie überhaupt nur in einem denkbaren Fall zu bejahen ist. Der generelle Charakter der AGB wird dadurch nicht ausgeschlossen, denn er ist immer gegeben durch die mögliche Vielzahl gleichgelagerter Fälle; er ist somit schon in der Natur der AGB begründet. Auch hier gilt die Überlegung: Ebensowenig wie ein Gesetz nicht deshalb unwirksam ist, weil es in einem Fall nicht zur Anwendung kommt, kann auch bei den AGB die Unbestimmtheit nicht deshalb angenommen werden, weil eine Subsumtion in einem Falle nicht möglich ist.

---

182) bspw. RGZ 83, 319 ff (322); 90, 378 ff (382).

183) RGZ 100, 29 (31).

184) BGHZ 7, 365 ff (368); ebenso ist die Entscheidung des RG - RGZ Bd. 116, 198 ff (207) - abzulehnen. Das RG bezog die persönliche Kenntnis des Kunden, eines Bankfachmanns, von dem 'wirklichen' Sinn der Bankbedingungen in die (nunmehr individuelle) Auslegung ein und durchbrach so den von ihm selbst aufgestellten Grundsatz, nach dem "für die Auslegung der Bedingungen anhand des für den Einzelfall besonders zu ermittelnden Vertragswillens kaum Raum ist" (vgl. auch RAISER, Recht der AGB, S. 259 ff.)

185) Gegen die Abstellung auf den denkbaren Fall auch REIMER SCHMIDT, MDR 55, S. 447 ff (S. 448). Selbst v. CAEMMERER, a.a.O.,

WESTERMANN, [187] der meint, Gesichtspunkte der Praktikabilität seien u.a. für den Bestimmtbeitsgrundsatz mit ausschlaggebend, verkennt den Unterschied zwischen dem zu subsumierenden Sachverhalt und dem Bestimmtheitsgrundsatz selbst. Wie aus den oben angeführten Entscheidungen des RG ersichtlich ist, treten dieselben Schwierigkeiten für die Bestimmtheit der übertragenen Gegenstände bei der Abtretung gegenwärtiger Forderungen und bei der Sicherungsübereignung auf. Die Ansicht von v.CAEMMERER, [188] das RG habe die Zession künftiger Forderungen aus wirtschaftlicher Notwendigkeit bejaht und müsse deshalb auch die Grenzen der Zession nach den Grundsätzen der wirtschaftlichen Notwendigkeit ziehen, geht insofern fehl, als für die Abtretung künftiger Forderungen keine weiteren Grenzen gezogen werden können als für die Zession gegenwärtiger Forderungen. Da das RG auch insoweit keinen Unterschied in der Behandlung gegenwärtiger und künftiger Forderungen hat erkennen lassen, kann den Überlegungen von v.CAEMMERER nicht zugestimmt werden. [189]

---

S.18, meint, das RG sei mit dieser Formel zu weit gegangen; - für die Bestimmbarkeit in allen denkbaren Fällen TITZE, JW 1937, S. 1963, allerdings ohne eigene Begründung.

186) entfällt

187) Sachenrecht, § 3 II 1.

188) JZ 53, 97.

189) Einen Ausweg gegen den Vorwurf der mangelnden Bestimmtheit versucht H.G.HAUPT, Betrieb 1953, S. 1008 ff (1009), durch Einschaltung eines Treuhänders zu finden. Dieser Vorschlag ist jedoch als wenig praktikabel abzulehnen.

## § 12 : Sittenwidrigkeit der Vorausabtretungsklauseln in den AGB

I. Zur Einführung in die Problematik der Sittenwidrigkeit möge folgender Falls aus der Praxis dienen: [1]

L liefert dem Faßfabrikanten K Bleche. Die AGB des L lauten:

> "Alle gelieferten Waren bleiben bis zur restlosen Bezahlung mein Eigentum, und zwar auch dann, wenn die betr. Kaufpreisforderung oder Nebenforderung durch Saldoziehung und Anerkennung des Saldos untergehen sollte. Das vorbehaltene Eigentum gilt dann als Sicherung für die Forderung auf den Saldo.
>
> Der Käufer ist berechtigt, die Ware im gewöhnlichen Geschäftsgang zu veräußern. Bei Veräußerung der Ware an einen Dritten tritt mein Käufer die Forderung aus Weiterverkauf an mich ab.
>
> Die Wirkung des § 950 BGB gilt als ausgeschlossen. Soweit die von mir gelieferte Ware vor der Bezahlung be- oder verarbeitet wird, wird die Be-oder Verarbeitung für mich vorgenommen."

Hier erhebt sich die Frage, ob der Kaufvertrag evtl. wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist; sie kann jedoch erst beantwortet werden, wenn zuvor geklärt ist, was das BGB unter der Sittenwidrigkeit versteht und in welcher Weise die Sittenwidrigkeit bei den AGB begrenzt ist.

II. § 138 I BGB schützt die 'Verletzung einer neben der Rechtsordnung stehenden ... Sittenordnung. Diese Bestimmung ist - ihrem ursprünglichen Sinne nach - dann verwirklicht, wenn das Rechtsgeschäft auf einen im Sinne der herrschenden Moral unsittlichen Erfolg gerichtet ist. [2] LEHMANN [3] meint, der Richter habe nach den in der Volksgesamtheit herrschenden Durchschnittsanschauungen zu urteilen. Als allgemein maßgebend kann - nach HM [4] - nur sein, was dem Anstands-

---

1) siehe OLG Hamburg, - Urt.v.27.5.1938 - JW 38, S.2207.
2) RAISER, Recht der Allg.Geschäftsbedingungen, S.279 ff (280).
3) Allg.Teil, § 29-IV-1.

gefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht. Da diese Anschauungen nicht gleichbleiben, sondern einem fortwährenden Wechsel unterworfen sind, kann die Sittenwidrigkeit bei Vorausabtretungsklauseln nur festgestellt werden, wenn die Sittenwidrigkeit in ihrer geschichtlichen Entwicklung betrachtet wird.

III, 1. Die Rechtsprechung hat den Vorwurf der Sittenwidrigkeit in Vorausabtretungsklauseln nur selten erhoben. Bedeutsam sind aus der Zeit vor 1945 zwei - bereits oben erwähnte - Urteile des RG [5] und ein Urteil des OLG Hamburg.[6]

a) Wie sich aus dem oben dargestellten Tatbestand des Urteils des RG vom 5.5.1911 ergibt, handelte es sich um die größtmögliche Sicherung des Gläubigers am Umlaufvermögen des Schuldners. Das RG bejahte einen Verstoß gegen die guten Sitten, weil dem Schuldner völlig die geschäftliche Selbständigkeit entzogen werde. Der Gläubiger könne jederzeit eingreifen und die gewerbliche Tätigkeit lahmlegen. Der Schuldner, so meinte das RG, sei nur noch ein Werkzeug des Gläubigers, während er nach außen hin den Schein eines selbständigen Gewerbebetriebes aufrechterhalte.[7]

b) Das OLG Hamburg hat in einem Erkenntnis vom 27.5. 1938, dem die eingangs erwähnte Klausel in den AGB zugrunde lag, [8] ebenfalls die Sittenwidrigkeit bejaht. Nach § 138 BGB genüge es, wenn also der Abschluß des Rechtsgeschäftes aus irgendwelchen Gründen mit den guten Sitten nicht vereinbar sei. Daß der oder die Handelnden von unlauteren Beweggründen geleitet würden oder unlautere Zwecke verfolgen müßten, fordern weder der Wortlaut noch die Auslegung. Anders als im Fall des § 826 BGB komme es auf den inneren Tatbestand, den subjektiven Verstoß gegen die guten Sitten, nicht an, ebenso nicht darauf, welche Folgen sich gerade im einzelnen Falle aus dem einzelnen Rechtsgeschäft ergeben hätten oder ergeben könnten. Entscheidend sei vielmehr, ob solche Rechtsgeschäfte, würden sie allgemein vorgenommen, Folgen

---

4) vgl.u.a. RGZ 48, 114 ff (124); 73, 107 ff (113) und die Motive zum Entwurf des BGB II, § 705.

5) RG-Urt.v.5.5.1911 - JW 1911, S.576 - siehe oben S.70 und RG - Urt. vom 21.12.1938 - JW 39, 563 - siehe oben S. 86

6) OLG Hamburg - Urt.v. 27.5.1938 - JW 38, 2207.

7) Ebenso hat das RG in einem Urt.v.30.6.1913 entschieden:vgl.Warn Rspr.1913, Nr. 400.

mit sich brächten, die derartige Verträge als unsittlich erscheinen lassen würden. Wenn alle Verkäufer von Waren sich im voraus - sicherungshalber - das Eigentum an allen aus ihren Stoffen hergestellten neuen Sachen ausbedängen und sich die Forderungen aus dem Verkauf der neuen Sachen zur vollen Höhe abtreten ließen, dann würden die nicht gesicherten Gläubiger regelmäßig im Falle einer Notlage ihres Schuldners von vornherein keine Aussicht auf Befriedigung oder doch nur Aussicht auf ganz geringe Befriedigung haben. Aus der Konkursmasse würden - außer den sonst verpfändeten oder zur Sicherung übertragenen Gegenständen- die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Stoffe und die daraus hergestellten Waren sowie alle künftigen Forderungen des Schuldners ausscheiden. Jeder persönliche ungesicherte Kredit wäre von vornherein ein überaus gefahrvolles Geschäft, da die äußere Geschäftslage des Schuldners, insbesondere die Größe seines Umsatzes, keinen Anstoß zur Besorgnis biete. Der auf das persönliche Vertrauen gegründete, ungesicherte Kredit sei aber - so meint das OLG Hamburg - nicht nur für den einzelnen Schuldner, sondern auch zum gemeinen Nutzen unentbehrlich. Er dürfe durch Sicherungen der Warengläubiger in dem Umfange, wie ihn die Verkaufsbedingungen des Gläubigers mit sich brächten, nicht von vornherein übermäßig gefährdet oder sogar verhindert werden. Schon um dieses zwangsläufigen Ergebnisses willen stehe der hier vereinbarte verlängerte Eigentumsvorbehalt - jedenfalls unter Berücksichtigung der 'heutigen Rechtsanschauung und der seit Jahren bestehenden allgemeinen Wirtschaftslage' - mit den guten Sitten nicht in Einklang und sei deshalb nichtig.[9]

c) Das RG hat sich jedoch der Ansicht des OLG Hamburg nicht angeschlossen.[10] Bereits in einer früheren Entscheidung hatte es eine gegenteilige Ansicht vertreten.[11] Danach ist ein Rechtsgeschäft

---

8) Siehe oben S. 85 - OLG Hamburg - JW 38, 2207.

9) Dafür, daß sich die Klägerin nicht auf die Handelsüblichkeit berufen könne, weist das OLG Hamburg auf die Empfehlungen der Reichsgruppe Industrie zur Abschaffung des vEV und die von SCHANTZ in der Monographie 'VEV - wie lange noch?', sowie von H.LEHMANN in der Denkschrift 'Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen' vertretenen Ansichten hin.

10) RG JW 39, 563.

11) RGZ - GS - Bd.150, S.5 = JW 36, S.1281.
Für die Sittenwidrigkeit bei den AGB eines Monopolinhabers vgl. die Zusammenstellung in RGZ 143/24 (28).
Im einzelnen: es ist sittenwidrig, wenn der Monopolinhaber

dann als nach § 138 I BGB wichtig anzusehen, wenn außer dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung des - die übermäßigen Vorteile beanspruchenden - Teils festzustellen ist, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das "gesunde Volksempfinden" verstößt. Auf diese Gesinnung könne u.U. aus dem Mißverhältnis geschlossen werden. Das RG betont also im Gegensatz zum OLG Hamburg, daß eine objektive Sittenwidrigkeit nicht ausreicht. Bei der Sittenwidrigkeit handele es sich um einen erheblichen Makel. Man könne aber nur dann jemanden der Mißachtung aussetzen, wenn er sich auch wirklich schuldig gemacht habe.

2, a) Das OLG Celle hätte in seinem Urteil vom 18.12.1952[12] die Sittenwidrigkeit dann bejaht, wenn die gesamten Forderungen des K gegen Z und zwei weitere Bauherren abgetreten wären. Durch eine solche Gestaltung würde die wirtschaftliche Freiheit des K unzulässig beschränkt. Auch würden andere Gläubiger des K in einem solchen Falle unsittlich gefährdet.[13]

---

a) durch Wettbewerb unbehindert, seine Vorzugsstellung dazu mißbraucht, willkürlich oder aus unlauteren Gründen den einzelnen von den Bedingungen auszuschließen, die der Allgemeinheit sonst dargeboten sind (RGZ 48, 114 (127) ).

b) unter Mißbrauch seiner Machtstellung dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige oder von den allgemeinen und angemessenen abweichende Bedingungen, also den Verzicht auf rechtmäßig begründete Ansprüche vorschreibt (RGZ 62, 264 (266); zuletzt RGZ 143, 24 (28).

c) einseitig seine Belange zugrunde legt ohne Rücksicht darauf, ob dies mit den allgemeinen Verkaufsbedürfnissen vereinbar ist (RGZ 99, 107 (109), und

d) unter Umkehrung der vom Gesetzgeber gewollten und vom Verkehr als unbillig empfundenen Rechtslage sich unverhältnismäßige Vorteile ausbedingt, zumal hierdurch dem Verkehr besondere Fesseln aufgezwungen werden, zuletzt RGZ 170, 233(242). So mit Recht auch HOLZBERG, Allg.Holzverkaufsbedingungen, Diss. Göttingen, 1954, S. 151.

12) OLG Celle - Urt. v. 18.1. 1952 - NJW 52, 306 ff, siehe oben S. 89 ff.

13) vgl. auch die Darstellung von MÜCKENBERGER, 'Der vEV in der Krise' - NJW 58, S. 1753 ff.

b) Der BGH hat dagegen in seiner Entscheidung vom 25.10.1952 [14] die Sittenwidrigkeit der Abtretung verneint. Die Vorauszession beschränke den Käufer der Vorbehaltswaren nicht übermäßig in seiner wirtschaftlichen Freiheit. Nach Ziff. 14 der AGB war der Verkäufer auf Verlangen des Käufers insoweit zur Rückübertragung verpflichtet, als der Wert der ihm gegebenen Sicherungen seine Lieferforderungen insgesamt um mehr als 20% überstieg.[15, 16]

c) In einem Urteil vom 2.11.1955 [17] befaßte sich der BGH mit einer Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung zugunsten einer Bank als Großgläubigerin. Es handelte sich nicht um Vereinbarungen in den AGB. Der BGH bejahte die Sittenwidrigkeit des Vertrages. Vom Standpunkt eines billig und gerecht denkenden Kaufmanns aus sei es zu mißbilligen , daß die Beklagte sich ohne nähere Prüfung sämtliche vorhandenen und die später in ihre Geschäftsräume gelangenden Warenbestände übereignen und sich alle Forderungen aus der der Bank widerruflich gestatteten Veräußerung dieser Waren habe abtreten lassen. Im Hinblick auf die schon früher in Anspruch genommenen Sicherheiten und besonders auch wegen des Mißtrauens, das die Beklagte gegen die Firma M hegte, hätte sie, bevor sie diesen neuen Sicherungsübereignungs-Vertrag schloß, die wirtschaftliche Lage der Firma durch eine fachkundige Person sorgfältig prüfen lassen müssen.

Die Beklagte hatte dieser Firma gegenüber eine wirtschaftliche Machtstellung. Unter diesen Umständen dürfte sie ihre wirtschaftliche Stärke gegenüber der Firma M nicht so weit ausnutzen, daß dieser Firma sämtliche greifbaren Werte entzogen würden, so daß allein die Beklagte sich daraus für ihre Forderungen befriedigen könnte und die übrigen Gläubiger der Firma leer ausgehen mußten. Es sei sittenwidrig, wenn ein Großgläubiger einem konkursreifen Unternehmen gegenüber seine wirtschaftliche Machtstellung ausnutzt, um sich sämtliche Werte dieses Unternehmens anzueignen, so daß ein später zu eröffnendes Kon-

---

14) BGH - Urt.v.25-10.1952 - NJW 53, S.21 ff = BGHZ Bd.7, S.365 ff.

15) Die Ansicht MÜCKENBERGERs in NJW 58, S.1753ff (S.1754 Mitte), der BGH habe bei einer Vollabtretung Nichtigkeit nach § 138 BGB angenommen, wird dem Sachverhalt nicht gerecht, da es entscheidend auf die Rückübertragungsklausel ankommt.

16) Die gleiche Ansicht vertrat der BGH in dem if Urteil v. 16. 12. 1957 -NJW 58,457 - siehe oben S. 94ff In dem vom VII. Senat des BGH am gleichen Tage gefällten Urteil - NJW 58, 417 - brauchte der BGH zur Sittenwidrigkeit nicht Stellung zu nehmen, da nach dem Willen der Vertragspartner eine Vollabtretung nicht gewollt sei.

kursverfahren wegen Mangels an Masse eingestellt werden müßte und die übrigen Gläubiger unbefriedigt bleiben würden.

d) Wie sehr die Sittenwidrigkeit von der Beurteilung des Einzelfalles abhängt, zeigt ein Urteil des BGH vom 4.3.1995.[18] V hatte sich als Geldgläubiger das bei Vertragsschluß vorhandene Warenlager des K sicherungshalber übereignen lassen. Als Warengläubiger suchte er sich durch den verlängerten Eigentumsvorbehalt zu sichern. Dafür deckte V Verbindlichkeiten des K in Höhe von 40.000.-- DM ab. Der BGH sah in den Vereinbarungen keine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit des K, zumal der Vertrag außerdem eine verhältnismäßig kurze Laufzeit und eine Kündigungsmöglichkeit enthalte.

e) Zusammenfassung: Die Rechtsprechung zur Abtretung künftiger Forderungen zeigt,

aa) daß die Sittenwidrigkeit immer gegeben ist, wenn der Schuldner dem Gläubiger nicht nur die Forderungen aus dem Weiterverkauf der gelieferten Ware, sondern alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen abtritt sowie sein bewegliches Vermögen zur Sicherheit übereignet;

bb) daß sie dagegen zu verneinen ist, wenn es sich nur um den verlängerten Eigentumsvorbehalt handelt und eine Rückübertragungsklausel sowie eine Einziehungs- und Verwendungsbefugnis des Schuldners vorliegen;

cc) daß eine objektive Sittenwidrigkeit nicht ausreicht und

dd) daß es entscheidend auf die erbrachte Gegenleistung ankommt.

Die Rechtsprechung brauchte sich in einem größeren Umfang mit der Sittenwidrigkeit der Vorausabtretungen in den AGB nicht auseinanderzusetzen, weil sie über die fehlende Bestimmtheit in allen denkbaren Fällen zur Nichtigkeit der Klausel gelangte. Das Grundproblem, - ob beispielsweise der Verkäufer V sich seine Kaufpreisforderung in Höhe von 250,-- DM durch Abtretung einer Forderung des K aus dem Weiterverkauf über viele tausend Mark sichern lassen kann -, ist nur von dem OLG

---

17) BGH - Urt. v. 2.11.1955 . NJW 56, 417.

18) BGH - Urt. v. 4.3.1955 - Betrieb 55, S. 647 = BB 55, S. 556 und 557.

Celle negativ beantwortet worden. Entscheidend kommt es hier auf den Zeitpunkt an, in dem die Sittenwidrigkeit zu beurteilen ist: ob nämlich auf den Vertragsschluß zwischen V und K oder auf das Entstehen der Weiterverkaufsforderung des K abzustellen ist. Ähnliche Schwierigkeiten entstehen bei der vorweggenommenen Sicherungsübereignung. Deshalb soll die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit bei der Sicherungsübereignung erörtert werden.

3, a) Das RG hat in dem Urteil vom 9.3.1926 [19] bei der Sicherungsübereignung sämtlicher gegenwärtiger und zukünftiger Mehl-und Getreidebestände die Sittenwidrigkeit abgelehnt. Es handele sich nicht um eine unsittliche Kredittäuschung, da der Schuldner noch beträchtliches anderes Vermögen besessen habe und im Rahmen des ordentlichen Geschäftsganges habe verfügen können.

b) Nicht anders hat das RG später entschieden, [20] als 2/3 des gesamten Waren lagers vom Schuldner auf den Gläubiger zur Sicherheit übereignet worden waren. Auch hier sei eine Kreditwürdigkeit nicht vorgetäuscht worden.

c) Grundlegend zur Sittenwidrigkeit wurde das Urteil des IX. Senates des RG vom 9.4.1932 [21]. Hier stellte der Senat fünf sittenwidrige Tatbestände heraus:

aa) Aussaugung des Schuldners durch den Gläubiger,

bb) Erniedrigung des Schuldners zum bloßen Strohmann des Gläubigers,

cc) Hingabe des Darlehns zum Zwecke der Konkursverschleppung, um sich selbst vorher befriedigen zu können,

---

19) RG - Urt.v. 9.3.1926 - Bd.113, S.57 (59) - siehe oben S.99

20) RG - Urt.v.27.2.1931 - Bd. 132/183 (186) - siehe oben S.100

21) RG - Urt.v. 9.4.1932 - Bd. 136, 247 (253); vgl. dazu H.LEHMANN, Denkschrift zur Reform der Kreditsicherungen an Fahrnis und Forderungen, 1937, S.3; LEHMANN sieht - zutreffend - als den Schwerpunkt der RGRspr. den 5.Sondertatbestand, die Gläubigergefährdung, an.

dd) Kreditbetrug, indem - evtl. im Zusammenwirken mit dem Schuldner - andere Gläubiger zur Hergabe von Krediten arglistig veranlaßt werden,

ee) Gläubiger-Gefährdung, d.h., die Bestellung von Sicherheiten, die wegen ihres Umfanges und der Undurchsichtigkeit der Verhältnisse die nicht ganz fernliegende Gefahr begründen, daß spätere nichtsahnende Kreditgeber zu Schaden kommen, - eine Gefahr, welche die Beteiligten bewußt in Kauf genommen haben.

d) Der VI. Senat des RG, der später die Aufgaben des IX.Senates übernahm, bemerkte hierzu zutreffend, die fünf Fälle ließen sich eigentlich auf zwei Grundtypen zurückführen: einmal auf die Knebelung (Fall 1 und 2) und zum anderen auf die Kredittäuschung (Fall 3 bis 5). [22]

4. Dieser vom RG herausgearbeiteten Typeneinteilung ist die Rechtsprechung nach 1945 gefolgt:

a) Der BGH bejahte in einem Urteil vom 28.5.1951 [23] eine Gläubigergefährdung, da der Beklagte dem Kläger das gesamte freie Vermögen zur Sicherheit übertragen hatte. Die Undurchsichtigkeit der Sicherungsübereignungs-Verträge sei daraus zu folgern, daß der Beklagte nach außen hin als selbständiger und verfügungsberechtigter Inhaber des Betriebes und des Betriebsvermögens aufgetreten sei, obwohl ihm nichts mehr von diesem Vermögen gehört habe. [24] Jedoch sei der Sicherungsübereignungs-Vertrag nur dann wegen Sittenwidrigkeit (Gläubigergefährdung) nichtig, wenn beide Vertragsteile beim Vertragsschluß die von ihnen mindestens als möglich erkannte Schädigung künftiger Kreditgeber in Kauf genommen hätten.

---

22) RG - Urt. v. 21.12.1933 - RGZ 143, 48 (51 ff); ebenso MEYER-CORDING in Anm.zu BGH, - Urt.v.9.7.1953 - JZ 53, 665 ff(666); SIEBERT, BB 1950, 157, stellt auf die Kredittäuschung und die Gläubiger-Gefährdung ab.

23) BGH - Urt.v. 28.5.1951 - LM Nr.1 - § 138 BGB (C 6).

24) Im einzelnen führt der BGH aus:
Diese Undurchsichtigkeit sei auch wesentlich mit herbeigeführt durch die Berechtigung des Schuldners, die den Gläubigern sicherungshalber übereigneten Halb- und Fertigfabrikate und die Gegenstände des übereigneten Warenlagers zu verkaufen und die Erlöse und entstehenden Kaufpreisforderungen, die an die Gläubigerin abgetreten seien, einzuziehen und mit diesen Erlösen neue Ware, Rohstoffe usw. zu kaufen.

b) Wenn der Tatbestand für die Annahme einer Gläubigergefährdung wegen des zu geringen Umfanges der hingegebenen Sicherheiten nicht ausreicht, kann der Sicherungsübereignungs-Vertrag noch als Knebelungsvertrag nichtig sein. Das zeigt das 'Pektin'-Urteil des BGH.[25] Die zur Sicherheit übereigneten Waren hatten einen Wert von 178.000.-- DM bei einem Kreditumfang von 340.000.-- DM, einem freigebliebenen Anlagevermögen von 2,3 Mill. DM und Gesamtverbindlichkeiten von 1,3 Mill. DM. Außerdem waren alle Ansprüche aus Kaufverträgen für nicht bar verkaufte Waren abgetreten worden. Das gesamte Umlaufsvermögen des Schuldners befand sich somit - trotz erheblicher, nicht mitübereigneter Anlagewerte - in der Verfügungsgewalt des Gläubigers.

Die Gefährlichkeit des Sicherungsvertrages sah der BGH vor allem darin, daß der Gläubiger die Möglichkeit besaß, mit einem Schlage das gesamte Umlaufsvermögen aus dem Schuldnerbetriebe zu ziehen. Durch diese Möglichkeit, den Betrieb jederzeit stillzulegen, werde der Wert des Anlagevermögens in Mitleidenschaft gezogen. Die weitere Produktion und damit die Lebensfähigkeit der Schuldnerin seien weitgehend in Frage gestellt.

c) Eine Gläubiger-Gefährdung bejahte der VI-Senat des BGH in einem Urteil vom 9.7.1953.[26] Die Schuldnerin, eine Margarine-Fabrik, die wirtschaftlich in Bedrängnis geraten war, hatte dem Geldgeber, einer Bank, mit dessen Wissen die wesentlichen greifbaren Vermögensstücke - 84% des Vermögens - übereignet, die Übereignung war aber nach außen hin verdeckt geblieben. Dadurch, so meint der BGH, sei die Möglichkeit eröffnet worden, daß neue Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht und zu Schaden kommen würden. Der Umsatz der Margarinefabrik steigerte sich etwa ein Jahr lang nach Gewährung des Bankkredites. Erst dann trat eine Absatzkrise ein.

---

25) BGH, Urt.v.14.7.1952 -, NJW 52, 1169 ff; siehe dazu BERGES, BB 54, 886 ff (887) unter II, 2; ferner die Kritik an dem Urteil von BARKHAUSEN, NJW 53, 1412 ff (B, stellt nur auf die Gläubigergefährdung und nicht auf die Knebelung ab); FLESSA, NJW 53, 84 ff. (Im Zeichen des Wiederaufbaues sollten keine zu strengen Anforderungen gestellt werden); SCHWEIGER, MDR 53, 707 ff, u. SPRENGEL, MDR 54, 257 ff (Ablehnung der Entscheidung ebenfalls unter Hinweis auf die erforderliche Kreditierung beim Wiederaufbau).

26) BGH - Urt.v. 9.7.1953 - JZ 53, 664 = NJW 53, 1665 ff = Bd.10, 228 ff.

In subjektiver Hinsicht genügt es nach dem BGH, wenn die Beteiligten sich grobfahrlässig (gewissenlos) der Erkenntnis verschlossen haben, daß ein Schaden eintreten werde. Die Möglichkeit, Dritte infolge des Vertrages zu schädigen, müßte dann aber so naheliegend sein, daß sich die Vertragsparteien - bei der von ihnen nach den Umständen zu verlangenden sorgfältigen Überlegung - hätten sagen müssen, diese Möglichkeit werde sich mit ziemlicher Sicherheit verwirklichen. Sei der Schadenseintritt weniger wahrscheinlich, dann wären Beweggrund und Zweck des Vertrages bedeutsamer. Wenn die Parteien nur Zwecke verfolgten, die nicht als berechtigt anerkannt werden könnten, - solle beispielsweise der Zusammenbruch des Schuldners hinausgeschoben werden und hoffe der Gläubiger, sich dadurch persönliche Vorteile zu verschaffen -, so könne der Vertrag aus diesem Grunde sittenwidrig sein. Wenn dagegen der Gläubiger den Schuldner wirklich sanieren wolle und die Parteien aufgrund einer sachkundigen und sorgfältigen Prüfung der Lage des Schuldners und besonders der Geschäftsaussichten überzeugt gewesen seien, das Sanierungsvorhaben werde Erfolg haben und eine Schädigung Dritter letztlich nicht eintreten, dann sei die Sittenwidrigkeit nicht gegeben. Eine besonders strenge Prüfung habe jedoch zu erfolgen, wenn der Beweggrund für die Bewilligung des Kredites zur Sanierung des Schuldners eigennützig sei.

Daß der BGH in der Sicherungsübereignung der gesamten pfändbaren Habe noch keine Sittenwidrigkeit erblickt, zeigt ein Urteil vom 9.11.1955[27]. Jedoch könne die spätere Abtretung der jeweils fälligen Forderungen sittenwidrig sein, wenn sie unter sittenwidriger Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung geschehe. Entscheidend sei aber letztlich auch hier das Verhältnis des eingeräumten Kredites zur Höhe der abgetretenen Forderungen. Der Schuldner habe kein nennenswertes eigenes Vermögen mehr besessen, und der Gläubiger handele sittenwidrig, wenn dem Schuldner jegliche Freiheit für eigene wirtschaftliche und kaufmännische Entschließungen genommen werde. Die wirtschaftliche Freiheit sei aber in ausreichendem Maße verblieben, wenn der eingeräumte Kredit tatsächlich so hoch war, daß es dem Unternehmer möglich war, daraus seine aus dem Auftrag erwachsenen Verbindlichkeiten, seinen Lebensunterhalt und auch alte Gläubiger in einem seinen Verhältnissen angemessenen Rahmen zu befriedigen. [28]

---

27) BGH - Urt.v.9.10.1955 - Betrieb 55,1218 ff (1219).

28) Vor einer Überspannung der Prüfungspflicht warnt der BGH in einem Urteil vom 1.2.1956 - BB 56,222 = NJW 56, 585, so erfordere eine nachträgliche SÜ keine besondere Prüfung der Vermögenslage des Sicherungsgebers, wenn dieser dem Sicherungsnehmer aus langjähriger Geschäftsverbindung als redlicher Kaufmann bekannt sei.

d) Über einen Fall mit umgekehrter Sachlage hatte der BGH ein Jahr später zu entscheiden. [29] Die Schuldnerin, Inhaberin eines Straßen-, Tief- und Pflasterbauunternehmens, nahm Kredit der V-Bank in Anspruch. Zur Sicherheit ließ sich die V-Bank die gegen die Flußbauämter entstehenden Forderungen abtreten. Später übertrug die S der V-Bank neben einer Forderung aus dem Bauvorhaben N-F den gesamten Maschinenpark.

Der BGH hat die Sittenwidrigkeit nicht darin gesehen, daß die S ihr letztes freies Vermögen veräußerte. Dieser Vertrag mache die Sittenwidrigkeit nicht aus. Zweck des Vertrages sei es gerade gewesen zu gewährleisten, daß die Gläubiger von der Schuldnerin befriedigt werden konnten, so daß sie es nicht nötig hatten, im Vollstreckungswege gegen ihn vorzugehen. Dieser Zweck habe auch erreicht werden können. Jedoch könne der Vertrag dann wegen Verstoßes gegen § 138 I BGB nichtig sein, wenn die Bank bei dem Vertragsschluß solche ihr bekannten Umstände nicht berücksichtigt habe, die ohne weiteres zu der Erkenntnis führten, daß ernste Zweifel an der geschäftlichen Zuverlässigkeit und Lauterkeit des Unternehmers beständen. Ohne Vorfinanzierungsverträge und Sicherungsabtretung der Werklohnforderungen an sich - so meint der BGH - könne die Wirtschaft augenblicklich nicht auskommen. [30]

In dem Urteil des VI. Senates des BGH vom 20.12.1957 [31] sind die bisher entwickelten Grundsätze wiederholt vorden. [32]

---

29) BGH - Urt. v. 8.2.1956 . NJW 56, 706.

30) vgl. auch BGH - Urt.v.10.10.1957 - BB 58, 100: Ausbeutung des Vertragspartners als Grund für die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes nur unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Beziehungen der Vertragspartner zueinander feststellbar. Entscheidend ist, daß übermäßige Vorteile verlangt werden oder sonst die - durch den anständigen Geschäftsverkehr gebotene - Rücksicht auf die Interessen des Partners nicht genommen wird.

31) BGH - Urt.v.20.12.1957 - KuT 1958, 109.

32) Der VI. Senat führt aus, das RG habe für solche Fallgestaltungen bestimmte Tatbestände sittenwidriger Verhaltensweisen herausgearbeitet (RGZ 136, 247 ff), während der IV.Ziv.Senat des BGH betont, daß derartige Tatbestände (Aushöhlung, Gläubigergefährdung etc.) nur den Charakter eines Hinweises für die Richtung der anzustellenden Prüfung haben.Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß auch das RG eine Typenbildung nicht als abgeschlossen angesehen, sondern vor der singulären Betrachtung der Sachverhalte gewarnt hat.

Vergleicht man die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung mit derjenigen zur Sittenwidrigkeit der Sicherungsabtretung, so fällt auf, daß die Rechtsprechung sich niemals mit Rückübertragungsklauseln zu befassen hatte. Zum anderen hat die Rechtsprechung - im Gegensatz zum verlängerten Eigentumsvorbehalt - dem Sicherungsnehmer eine Prüfungspflicht auferlegt. Je naheliegender die Möglichkeit eines Schadeneintrittes ist, um so schärfere Anforderungen werden an die Prüfungspflicht gestellt. Objektive Sittenwidrigkeit gibt es jedenfalls nicht. In subjektiver Hinsicht reicht jedoch - im Gegensatz zu Vorausabtretungen - grobe Fahrlässigkeit aus. [33]

IV. 1. Die Lehre ist mit der Anwendung des § 138 I BGB auf den verlängerten Eigentumsvorbehaltsehr vorsichtig gewesen [34] - mit unterschiedlichen Begründungen.

FLUME [35] meint, allenfalls könne man eine Gläubigergefährdung annehmen. Das sei jedoch nicht der Fall, wenn der EV-Verkäufer nicht mehr als den Wert seiner Ware als Sicherung für sich in Anspruch nähme. Verstoße der verlängerte Eigentumsvorbehalt gegen die Wirtschaftsordnung, dann bedürfe es nicht des § 138 I BGB, um den verlängerten Eigentumsvorbehalt zu Fall zu bringen. Es würde sich sonst um eine unzulässige Erweiterung des § 138 BGB handeln. FLUME ist insoweit zuzu-

---

Die Tatbestände könnten vielfach ineineinander übergehen und allenfalls nur Anhaltspunkte geben (vgl. RG - Urt.v.17.5.1935 - HRR 35, Nr.1306, ebenso MEYER-CORDING, JZ, a.a.O., S.666).

33) Einen guten Überblick über die Rechtsprechung des RG zum Begriff der guten Sitten gibt COING, NJW 47, 48, S.213.-

34) so bspw. HAUPT, a.a.O., S.41 ff (44); v.BRUNN, a.a.O., S.58; KRAUSE, BB 55, 268, li.Sp.; SCHNEIDER, NJW 54, S.133 ff (Anm.5).

35) in NJW 50, S.842 sowie Anm.12 auf S.842.
Nach PAGENSTECHER, Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, S.12, ist ein Rechtsgeschäft dann wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I BGB nichtig, wenn objektiv ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und subjektiv ein Machtmißbrauch des Unternehmers vorliegen.

stimmen, da bei Vorausabtretungen in Höhe des Warenwertes ein objektiv auffälliges Mißverhältnis nicht vorliegt.

RAISER,[36] R.FISCHER[37] und vor allem HERSCHEL[38] betonen den Unterschied zwischen dem Individualvertrag und den AGB. § 138 BGB habe, so meint RAISER,[39] nur Bedeutung für den Individualvertrag. HERSCHEL[40] weist darauf hin, daß, wenn sich jemand zum Gesetzgeber mache, wie es bei der Aufstellung von AGB der Fall sei, er sich andere und weitere Einschränkungen gefallen lassen müsse. HERSCHEL muß konsequenterweise zu dieser Ansicht kommen, weil er die AGB als Normen ansieht.[41] Wie oben schon ausgeführt wurde, kann jedoch dem Normencharakter der AGB nicht zugestimmt werden. RAISER und FISCHER gehen von der soziologischen Betrachtung aus, also von der gesetzesgleichen Wirksamkeit der AGB. Die gesetzesgleiche Wirksamkeit der AGB beseitigt jedoch, wie oben[42] dargelegt wurde, nicht den rechtsgeschäftlichen Charakter der Verträge, deren Bestandteil AGB sind. Es bestehen deshalb keine Bedenken, den § 138 BGB auch in den Fällen für die AGB zu bejahen, in denen er in einem Individualvertrag Anwendung gefunden hätte. Mit Recht hat die Rechtsprechung in ganz groben Fällen die Sittenwidrigkeit der AGB aufgrund des § 138 BGB bejaht. Die Frage ist nur, ob der Gläubiger verpflichtet ist, darüber hinaus auf die anderen Gläubiger Rücksicht zu nehmen und ob bei fehlender Rücksichtnahme das Rechtsgeschäft nach § 138 BGB für nichtig erklärt werden kann.

WESTERMANN[43] meint, der Kampf um die Befriedigungsmöglichkeit zwischen dem Geld- und dem Warengläubiger sei im Anfechtungsgesetz geregelt. Mit § 138 BGB habe das nichts zu tun, da sich keiner der Gläubiger bereichern wolle. Jeder wolle nur seinen Anspruch durchsetzen. Es sei nicht klar, warum man auf die anderen Gläubiger Rücksicht nehmen

---

36) siehe Sitzungsberichte (Bd.II) zu den Verhandlungen des 41.Deutschen Juristentages, Berlin 1955, über 'Streitgespräch über Zulässigkeit und Wirkung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen', E 27, 28.

37) BB 57, S.481 (484); weiter das von FISCHER angeführte Schrifttum: ENN.-NIPPERDEY, Allg. Teil, § 163 VI 4, S.695; SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT, Komm.z.HGB, § 346, Rand-Nr.32; BAUMBACH-DUDEN, Komm.z.HGB, 12.Aufl., 1956, § 346, Anh.I Anm.3 A; BERNHARDT, DR 42, 1171 ff (1173), ferner HAUPT, ZAkDR 1943, 87; v.CAEMMERER, JZ 53, 97 (99).

38) DR 1942, 753 ff (758).

39) a.a.O.

40) a.a.O., S. 758, r. Sp.

41) siehe dazu die Ausführungen oben S. 122 ff.

müsse. Eine Gläubigergefährdung käme allenfalls bei einem nachgeschobenen Kredit in Betracht. WESTERMANN ist insoweit zuzustimmen, als eine Sittenwidrigkeit dann nicht vorliegt, wenn der gleiche Tatbestand nur unter das Anfechtungsgesetz zu subsumieren ist. [44]

Eine Einschränkung der Sittenwidrigkeit bei Sicherungsübertragungen befürwortet auch LANGE. [45] Er vergleicht die §§ 311, 419 BGB und die Vorschriften über die Anfechtung im Konkurs und außerhalb der Konkurse mit § 138 BGB und gelangt zu dem Ergebnis, daß eine Sittenwidrigkeit nur bei Vernichtung der übermäßigen Deckung und der drückendsten Lasten gegeben sei. Für die anderen Fälle habe der Gesetzgeber die Gültigkeit des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäftes in den eben erwähnten Bestimmungen anerkannt. Eine Sittenwidrigkeit sei also nicht anzunehmen, wenn nur eine angemessene Sicherung erstrebt werde. - § 419 BGB kann als Argument dafür verwendet werden, daß eine objektive Sittenwidrigkeit nicht ausreicht, um ein Rechtsgeschäft für nichtig zu erklären. Über den sonstigen Anwendungsbereich des § 138 BGB vermag die Vorschrift jedoch nichts auszusagen.

Man wird LANGE und v.BRUNN indessen darin Recht geben müssen, daß § 138 BGB nur auf die Fälle bei sehr grobem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung anzuwenden ist. Mit der Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten muß man zurückhaltend sein, denn § 138 BGB enthält einen moralischen Vorwurf, der nicht berechtigt ist, wenn ein lediglich objektives Mißverhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand vorliegt. Insoweit paßt § 138 BGB auf die AGB nicht. [46] Damit ist aber noch nicht gesagt, daß in subjektiver Hinsicht eine Sittenwidrigkeit nur bei vorsätzlichem Handeln gegeben ist. Das zeigt sich

---

42) S. 129 f.

43) in Bd.II (Sitzungsberichte) der Verhandlungen des 41.Deutschen Juristentages, Berlin 1955, in dem Streitgespräch 'Gesetzliche Regelung der SÜ und des EV' - F 76.

44) Wenig überzeugend ist das dagegen von FLUME, AcP, Bd.154, S.563, vorgebrachte Argument, der Abgrenzung WESTERMANNs könne deshalb nicht zugestimmt werden, weil die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz aus Zeiten stammten, als die Sicherungsabtretung und die Sicherungsübereignung als Rechtsfiguren noch nicht in Übung gewesen seien, FLUME verkennt, daß die Abgrenzung zwischen Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz und der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB in ihrer Problematik nicht an das Vorhandensein der Sicherungsabtretung und der Sicherungsübereignung gebunden ist.

45) NJW 50, 565 ff (unter IV, 3).

aus einem Vergleich der Sittenwidrigkeit des AGB mit der Sittenwidrigkeit der Sicherungsübertragung.

2. Ist eine Sicherungsübereignung sittenwidrig, so muß dasselbe für die AGB gelten, es sei denn, es liegen besondere Umstände vor, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen. Es ist deshalb erforderlich, den Standpunkt der Lehre zu den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung zu erörtern:

a) zur Gläubigergefährdung und zur Knebelung und

b) zur Prüfungspflicht des Kreditgebers.

zu a: Die sittenwidrige Socherungsübereignung wird häufig die Merkmale sowohl der Knebelung als auch der Gläubigergefährdung umfassen. [47] Bei der Gläubigergefährdung handelt es sich um das Verhältnis des Gläubigers zu Dritten, bei der Knebelung um das Verhältnis zum Schuldner. Eine Gläubigergefährdung i.e.S. des RG und des BGH liegt - worauf BERGES[48] mit Recht hingewiesen hat - dann vor, wenn die meisten Vermögenswerte als reale Grundlage der Kreditwürdigkeit dem Schuldner entzogen sind. Sittenwidrige Knebelung bedeutet, daß dem Schuldner die wirtschaftliche Handlungsfreiheit - als weitere wesentliche Grundlage seiner Vertrauenswürdigkeit - genommen oder stark gefährdet ist und stattdessen ein nicht verantwortlicher, regelmäßig nach außen nicht erkennbarer Dritter die Möglichkeit hat, nach seiner willkürlichen, von außerbetrieblichen Gründen her bestimmten Entschließung in den Betrieb hineinzuwirken, ja diesem jederzeit die Existenzgrundlage zu entziehen. WESTERMANN [49] weist zutreffend darauf hin, das Anstößige bei der Knebelung liege darin, daß sie den Geknebelten mit der Verantwortung und der Haftung belaste, ihm

---

46) vgl. v. BRUNN, Bd. II (Sicherungsberichte) zu den Verhandlungen des Deutschen Juristentages, Berlin 1955, E 19; ebenso HUFNAGEL, NJW 52, 490, und STOLDT, Bd. II der eben angeführten Sitzungsberichte, E 14. -
Die Rechtsprechung des RG zum Monopolmißbrauch kann nicht auf die AGB übertragen werden, da es nicht auf die engen Voraussetzungen des Monopols ankommt: so LÜPKE, Anm. zu dem Urteil des LG Lübeck v. 1.2.1957, BB 57, 840; ebenso RAISER, Bd. II der eben zitierten Sitzungsberichte, E. 28; STOLDT, a.a.O. E. 14; Robert FISCHER, BB 57, 481 ff (485); ohne besondere Stellungnahme STAUD.-COING, 11. Aufl., 1957, § 138, Anm. 18 gg.

47) ebenso BERGES, BB 54, 886 ff, unter II-2 (S. 887). Auf die Gläubigergefährdung stellte schon, wie oben - Anm. 83 - ausgeführt wurde.

aber die Freiheit des Handelns nehme. Für die Knebelung seien die Bindungen bezüglich des Umlaufvermögens bedeutsamer als solche bezüglich des Anlagevermögens. Er wendet sich auch hier gegen eine zu weite Auslegung des § 138 I BGB.[50] Zu diesem Ergebnis kommt er ebenfalls aus einem Vergleich mit dem Anfechtungsgesetz. Unter § 138 BGB sollen auch bei der SÜ nur solche Sachverhalte gebracht werden, deren Anstößigkeit hinter den Tatbeständen der Absichtsanfechtung zurückbleibt. Ein Befriedigungsstreben zum Nachteil anderer Gläubiger, das für eine Anfechtung nicht ausreiche, billige der Gesetzgeber. Der leichtere Fall könne nicht unter § 138 BGB fallen, wenn der schwerere lediglich Anfechtungsfolgen auslöse. In keinem Falle führe bloße Fahrlässigkeit zu § 138 BGB. Ein Sittenverstoß sei erst gegeben, wenn das Erwerbestreben über das Maß des Erträglichen hinaus gesteigert werde, wenn es mit solcher Intensität auftrete, daß jede Rücksicht auf das Zusammenleben der Menschen vergessen werde. BOEHMER [51] verlangt für § 138 BGB in objektiver Hinsicht, daß eine übermäßige Sicherung erfolgt ist, und zwar unter gleichzeitiger Ausnutzung der Macht- bzw. Notlage, und eine Einschränkung der Handlungsfreiheit (eine derartige Einschränkung nimmt BOEHMER nicht an, wenn der Schuldner noch verfügen kann) sowie subjektiv ein bewußtes Inkaufnehmen einer Täuschung oder Schädigung. [52]

Ob es mit WESTERMANN gerechtfertigt ist, nur bei vorsätzlichen Handlungen eine Sittenwidrigkeit zu bejahen, erscheint sehr fraglich. Gerade derjenige, dessen Gewissen durch zweifelhafte Geschäfte abgestumpft ist,

---

H.LEHMANN ab. Gegen Knebelung und Gläubigergefährdung für den Bereich des modernen Aufbaukredites SCHWEIGER, MDR 1953, 707 ff (712). Ebenso will SPRENGEL, MDR 1954, S. 257 ff, für Flüchtlingsbetriebe den Knebelungsvorwurf dann nicht gelten lassen, wenn der Sicherungsgeber die kaufmännische Bewegungsfreiheit behalten hat (Verfügungsrecht über die zedierten Forderungen und Vertretung im Rahmen der Kreditzusage).

48) a.a.O., S.887.

49) in Interessenkollisionen, S.11, Anm.20 und S.12.

50) a.a.O., S.26.

51) BOEHMER, Grundlagen, Bd.II, 2, S.152 ff (155).

52) ebenso STAUD.-COING, 11. Aufl., 1957, § 138, Anm. 18 gg.

würde sich dann mit dem fehlenden Vorsatz herausreden können. Ein verwerfliches Verhalten ist nicht nur dann gegeben, wenn jemand vorsätzlich den objektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit verwirklicht, sondern auch bei grober, in gewissenloser Weise hervorgerufener Fahrlässigkeit. Nach dem 'Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden' ist der fahrlässig, aber gewissenlos Handelnde dem vorsätzlich Tätigen gleichzusetzen. Auch BOEHMERs Formel des bewußten Inkaufnehmens einer Täuschung oder Schädigung trifft den gewissenlos Handelnden nicht immer. Sie ist deshalb nicht ganz zufriedenstellend.

zu b: WEGERHOFF [53] will eine Prüfungspflicht aus dem Gedanken des § 823 BGB herleiten. Wer eine Gefahrenquelle eröffnet, habe eine Verkehrssicherungspflicht zu erfüllen. Eine solche Pflicht sei essentiale eines Gefährdungstatbestandes. Sieht man in § 138 BGB u.a. einen Ausdruck der Gläubigergefährdung, so muß auch eine Prüfungspflicht bei den AGB bejaht werden. Was unter einer Gefahr oder eine Gefährdung zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht ausgesprochen. In der Zivilrechtsdogmatik ist der Begriff der Gefahr m.W. nicht erfaßt worden. Die Strafrechtslehre hat sich wegen der Gefährdungsdelikte mit der Gefahr begrifflich befaßt. So versteht WELZEL [54] unter Gefahr den 'außergewöhnlichen Zustand, in welchem der Eintritt bestimmter Folgen als wahrscheinlich objektiv voraussehbar ist'. Es muß sich danach um die Wahrscheinlichkeit, also um eine naheliegende Möglichkeit eines Schadeneintrittes handeln. Die Möglichkeit eines schädigenden Ereignisses schlechthin, wie sie zum Teil vom BGH vertreten wird, [55] wird somit dem Begriff der Gefahr nicht vollauf gerecht. Es ist deshalb auch insoweit keine Verpflichtung zur Prüfung anzuerkennen. Für eine autonome Begriffsbildung im Zivilrecht besteht kein Bedürfnis, zumal § 138 BGB nicht Ausdruck eines Billigkeitsrechtes ist, sondern elementare Werte sichern will, also eine ähnliche Funktion erfüllt wie das Strafrecht. Ist der Schadenseintritt nicht wahrscheinlich, sondern nur möglich, so sind die Drittgläubiger durch die Sicherungsübereignung nicht stärker als üblicherweise gefährdet. Die Sittenwidrigkeit ist deshalb nicht zu bejahen. In dem vom BGH [56] entschiedenen Fall stieg der Umsatz zunächst ein Jahr lang, erst

---

53) Betrieb 55, 549, r. Sp.

54) Deutsches Strafrecht, 6.Aufl., S. 44.

55) BGH - Urt.v.9.7.1953 - JZ 53, 664; siehe oben S. 145

56) Das folgt aus der Anm. von MEYER-CORDING, JZ 53, 665 ff (667, r. Sp.).

danach erfolgte der Konkurs. Dann war der Schadenseintritt für beide Vertragspartner im Augenblick der Sicherungsübereignung nicht vorauszusehen. Selbst eine Prüfung durch einen neutralen Fachmann hätte nichts anderes ergeben können. Mit Recht hat MEYER-CORDING [57] die Anforderungen des BGH an die Prüfungspflicht für überspannt gehalten.[58]

Als Ergebnis der Untersuchungen zur Sittenwidrigkeit der AGB kann festgehalten werden, daß die Sittenwidrigkeit nur dann zu bejahen ist, wenn das Maß des Sicherungsstrebens über das Maß des Erträglichen hinaus gesteigert wird, wenn also objektiv ein grobes Mißverhältnis zwischen Forderung und Sicherung gegeben ist. Zeitlich kann nur auf den Vertragsschluß abgestellt werden. Ein später sich ergebendes objektives Mißverhältnis darf nur dann als Indiz einer Sittenwidrigkeit gewertet werden, wenn es bereits im Augenblick des Vertragsschlusses als wahrscheinlich eintretend hätte vorausgesehen werden müssen und wenn sich der Gläubiger in gewissenloser Weise dieser Erkenntnis verschlossen hat. In subjektiver Hinsicht genügt deshalb grobe Fahrlässigkeit (Gewissenlosigkeit).[59]

V. Nach § 138 BGB ist das Rechtsgeschäft bei Sittenwidrigkeit nichtig. Fraglich ist nur, ob alle Rechtsgeschäfte nichtig sind, bei denen sittenwidrige Sicherungsklauseln vereinbart worden sind oder ob unter Berücksichtigung des § 139 BGB nur die Sicherungsvereinbarung als solche nichtig ist, im übrigen aber das Rechtsgeschäft gültig bleibt. Sowohl von der Rechtsprechung [60] als auch von der Lehre [61] ist mit Recht betont worden, daß im Interesse der Aufrechterhaltung des einzelnen Rechtsgeschäf-

---

57) a.a.O.

58) ebenso WEGERHOFF, Betrieb 55, 549 u. 550.

59) Weiter ist zu prüfen, ob der Sittenverstoß in dem Verhalten gegenüber dem Geschäftsgegner besteht und/oder ob er in einem Verhalten gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit beruht. Im letzten Falle, - das wird vor allem bei einer bloßen Gläubigergefährdung der Fall sein - , ist das Sicherungsgeschäft nur dann sittenwidrig und nichtig, wenn bei beiden Vertragsteilen die subjektiven Voraussetzungen der Gläubigergefährdung vorliegen (vgl.dazu BGH - LM Nr.1 - § 138 (C b) - Urt.v.28.5.51 - u.die Anm.von ASCHER, daselbst.VÖLLING, Sparkasse 52, 282 ff (284), läßt ebenfalls eine bloße objektive Sittenwidrigkeit bei AGB nicht genügen.

60) RGZ 93, 334 (338); BGHZ Bd.22, S.92.

61) RAISER, a.a.O., S.319 ff; PALANDT-DANCKELMANN, § 138, 5a; PAGENSTECHER, a.a.O., S. 79 ff (80); ebenso S.4. Anm.9; S.19; HOLZBERG, a.a.O., S.174 ff; DROSTE, Beil.zum Betrieb Nr.10, 1957, unter IX -im Ergebnis ebenso R.FISCHER, BB 57, 484; allerdings will R.FISCHER § 139 BGB nicht unmittelbar anwenden.

tes nur die einzelne Klausel nichtig ist. Es würde gegen das Gemeinwohl verstoßen, derartige Massenverträge, die oft bereits in unzähligen Fällen abgeschlossen sind, ohne dringende Notwendigkeit in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären.

Die neuere Lehre[62] lehnt allerdings eine unmittelbare Anwendung des § 139 BGB ab. Wenn man überhaupt Vorschriften heranziehe, so höchstens den § 140 BGB, meint Robert FISCHER.[63] Beide Vorschriften setzten jedoch voraus, daß bei der Auslegung des im Einzelfall in Betracht kommenden Vertrages auf die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten abgestellt werden könne und müsse. Bei den AGB sei das nicht möglich. RAISER[64] und Robert FISCHER[65] unterscheiden - mit Recht - zwischen der Auslegung von Individualverträgen und AGB und wollen mit dem Begriff der immanenten Grenzen der Vertragsfreiheit helfen.[66]

Es ist nicht zu leugnen, daß auch das BGB Begrenzungen der Vertragsfreiheit kennt, so beispielsweise in den §§ 134, 138 BGB. Man kann jedoch daran zweifeln, ob es erforderlich ist, die Bestimmungen der §§ 139, 140 BGB gänzlich außer acht zu lassen. Wenn bei AGB nur die Bedingung über die Sicherungsübertragung nichtig ist, so erleidet der Käufer (und Sicherungsgeber) keinen Schaden. Er kann gegen die Aufrechterhaltung des übrigen Vertrages - sinnvollerweise - keine Einwendungen erheben. Nur der Verkäufer und Sicherungsnehmer kann durch die teilweise Nichtigkeit betroffen sein. Stellt man nun bei § 139 BGB allein auf den Willen der Parteien ab, dann könnte der Verkäufer sich darauf berufen, er hätte den Vertrag niemals abgeschlossen, wenn er nicht zugleich für seine Forderungen Sicherheiten bekommen hätte. Dieser Hinweis des Veräußerers verdient indessen keine Beachtung. Wer einseitig allgemeine Geschäftsbedingungen erläßt und verhindert, daß die Vertragsbestimmungen ausgehandelt werden, der gibt zu erkennen, daß es ihm auf den subjektiven Willen der Parteien nicht ankommt, sondern nur auf die objektive Interessenlage. Er kann sich dann nicht damit verteidigen, er habe einen anderen Willen gehabt. Daß das voluntative Element auf der Seite dessen, der AGB erläßt, weitgehend ausgeschlossen ist, folgt auch aus der Revisibilität der AGB. Es ist deshalb § 139 BGB so auszulegen, daß es bei AGB nicht auf den Willen, sondern auf das - nach der Anschauung eines verständigen Fachmannes zu beurteilende - Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages ankommt. Mit dem Wortlaut des § 139 BGB ist diese Interpretation vereinbar. Sie stellt

---

62) RAISER, AGB, S.320 ff; Robert FISCHER, BB57, 484.

63) a.a.O.

64) AGB, S. 277 ff, ebenso ENN.-NIPPERDEY, Allg.T.§ 206-II;SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT, § 346, Randnr.32, BAUMBACH-DUDEN,

nur auf den Vertragspartner als einen sinnvoll Handelnden ab. Da ein - verständiger - Veräußerer i.d.R. mehr daran interessiert ist, den Vertrag unter Fortfall der für sittenwidrig erklärten Klausel im übrigen bestehen zu lassen, bleibt der Vertrag - normalerweise - ohne die nichtige Klausel erhalten. 67) Läßt dagegen das auffällige Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auf eine Zwangslage des Vertragspartners schließen, dann ist der Gesamtvertrag nach den Grundsätzen aus RGZ 150, S. 1 ff gemäß § 138 BGB nichtig. 68)

---

HGB, 12.Aufl., 1956 § 346, Anh.I, Anm.3 A; BGH NJW 57, 18; v. CAEMMERER, JZ 53, 97 ff (99).

65) a.a.O. S. 486.

66) Anm.von RAISER zu dem Urteil des LG Düsseldorf, NJW 56, S. 304 ff; RAISER spricht vom Mißbrauch der Vertragsfreiheit.

67) so DROSTE, a.a.O.

68) so mit Recht HOLZBERG, a.a.O., S. 164, im Anschluß an PAGENSTECHER, a.a.O., S. 4, Anm.9.

## § 13: § 242 BGB, c.i.c. und immanente Grenzen der Vertragsfreiheit in den AGB

Eine weitere Frage ist, ob die Tatsache, daß Vorausabtretungen in den AGB enthalten sind, zu einer stärkeren Einschränkung in der Höhe der Vorausabtretungen zwingen, - in dem Sinne, daß nur das objektive Verhältnis von Forderung und Sicherungsgegenstand ausschlagebend ist. RAISER [69] spricht - auch in diesem Zusammenhang - von immanenten Grenzen der Vertragsfreiheit. Eine über die 134, 138 BGB hinausgehende Begrenzung der Vertragsfreiheit wird zwar dem anzuerkennenden Streben nach sozialem Ausgleich gerecht, sie kann jedoch - sofern sie sich auf das rein objektive Verhältnis bezieht - nur durch den Gesetzgeber erfolgen, da eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger nur für den Fall des Konkurses vom Gesetz anerkannt wird.

Allerdings ist zu überlegen, ob auch dann, wenn nur ein objektives Mißverhältnis zwischen der Forderung und dem übertragenen Sicherungsgegenstand vorliegt, der Schuldner eine Rückübertragung der Sicherung nur nach Bezahlung der Schulden erreichen kann. Bis zu diesem Zeitpunkt hätte das zur Sicherung übertragene Vermögen nicht als Grundlage eines weiteren Kredites verwendet werden können. Ein solches Ergebnis wäre aus wirtschaftlichen Gründen höchst unerwunscht. Die Lehre hat deshalb versucht, zu einer Milderung dieses unerträglichen Verhältnisses über § 242 BGB zu gelangen. [70] § 242 BGB regelt nicht nur die Ausübung eines bereits vorhandenen Rechtes (Bsp.: Den Einfluß der Inflation auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung). Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben können auch Pflichten begründet werden, wenn ein Vertrag noch nicht (bzw. überhaupt nicht) abgeschlossen worden ist. [71] Bereits bei Eingehung eines Vertragsverhältnisses, also bei den Vertragsverhandlungen, entsteht nach Rechtsprechung und Lehre ein gesetzliches Schuldverhältnis. [72] Durch den Eintritt in Vertrags-

---

69) a.a.O., E 28.

70) so STOLDT, a.a.O., E 14, vgl. auch HILDEBRANDT, JR 1955, S.325 ff (S.326, r.Sp.).

71) vgl. SOERGEL-SIEBERT, a.a.O., § 242, A-II-1-c

72) vgl. dazu ENN.-LEHMANN, Schuldrecht, 13.Bearb. § 43, und besonders RGZ Bd. 120, S.251.

verhandlungen wird ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis begründet. Ein Verschulden bei den Verhandlungen verpflichtet nach einigen Vorschriften des BGB ( §§ 307, 309, 463 S.2 BGB)[73] zum Schadenersatz. Hieraus haben Rechtsprechung und Lehre - auf der Grundlage von Treu und Glauben - einen allgemeinen Rechtsgrundsatz abgeleitet : Das vertragsähnliche Vertrauensverhältnis verpflichtet die Beteiligten zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und legt ihnen gewisse Mitteilungs- Aufklärungs- und Erhaltungspflichten auf. Das RG [74] hat die Aufklärungspflicht inhaltlich folgendermaßen umrissen: Jede Partei ist verpflichtet, den Gegner hinsichtlich der Tatsachen aufzuklären, die erkennbar für seine Entschließung von Bedeutung sind und von denen er sich auf andere Weise keine Kenntnis verschaffen kann. Wendet man diesen Satz unmittelbar auf die AGB an, so hätte der Vertragspartner die Möglichkeit gehabt, sich über den Inhalt der AGB und über den Umfang der Vorausabtretungen zu unterrichten. Jedoch ist zu beachten, daß es für den Partner meistens aus zeitlichen Gründen untunlich ist, die oft recht umfangreichen AGB zu studieren und daß er oft auch nicht in der Lage ist, ohne Hilfe eines Rechtskundigen die Tragweite solcher Klauseln zu übersehen. Die von der Rechtsprechung und dem Schrifttum entwickelte culpa in contrahendo stellt einen der ersten Ansatzpunkte zu einem sozial ausgerichteten Zivilrecht dar. Einem reinen Liberalismus wäre eine Schutzpflicht gegenüber dem Vertragspartner fremd gewesen. Da sich heute die soziale Gebundenheit des Rechtes - ein Ausdruck dieser Ansicht ist der Sozialstaatsartikel im Grundgesetz - verstärkt hat, erscheint es dem Zeitgeist entsprechend, die Lehre von der culpa in contrahendo weiter zu entwickeln. Wer seinem Partner AGB vorlegt und das Aushandeln der einzelnen Bedingungen sowie die vom Gesetzgeber dafür vorgesehenen Bestimmungen ausschließt, ist zu einer erhöhten Sorgfalt gegenüber seinem Partner verpflichtet. Den Gläubiger trifft insoweit die Pflicht, seinen Schuldner durch die Aufnahme einer (FLUMEschen) Rückübertragungsklausel in die AGB zu schützen. Verantwortlich kann der Gläubiger jedoch nur dann sein, wenn er seine Verpflichtung wenigstens fahrlässig verletzt hat. Eine Haftung ohne Verschulden ist im geltenden Recht nur in sehr wenigen Fällen anzunehmen. Sie bei den AGB zu bejahen, hieße, die Vertragsfreiheit - über die heute herrschenden Ansichten zu den sozialen Bindungen zwischen Gläubiger und Schuldner hinaus - zu beschränken. Sie würde dem gemischt liberal-sozialen Charakter des Grundgesetzes nicht entsprechen. Vielleicht wird in 10 bis 20 Jah-

---

73) unrichtig werden auch die §§ 122 u. 179 BGB von PALANDT-DANCKELMANN, § 276, 6, a, angeführt.

74) RGZ 120, 250 (252).

ren der soziale Gedanke derart in das Bewußtsein der Allgemeinheit getreten sein, daß es auf ein Verschulden des Gläubigers nicht mehr ankommt. Für die Gegenwart indessen sind derart immanente Grenzen der Vertragsfreiheit noch nicht zu bejahen.

Die fahrlässige culpa in contrahendo führt zur Verpflichtung, das negative Interesse zu ersetzen. Der Schuldner ist danach so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn der Gläubiger seine Schutzpflicht erfüllt häte, d. h, er kann die Rückübertragung eines angemessenen Teils der Forderungen verlangen.

In diesem Sinne wäre auch der vom BGH [75] erwähnte Fall zu lösen gewesen. -

Im Ergebnis nähert sich diese Ansicht der von der Rechtsprechung [76] vertretenen Auffassung, nach der den geschädigten Gläubigern des Sicherungsgebers ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB erwächst, wenn der Verstoß gegen die guten Sitten in einem Verhalten gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit beruht. Sie unterscheidet sich von den obigen Urteilen in den geringeren Voraussetzungen.

Trotzdem wird sie dem Interesse der Beteiligten gerecht [77]. Sie schützt den Kreditnehmer vor übermäßigen Sicherungen und vor unnötiger Kreditschädigung durch Bekanntwerden der Verschuldung, Das Interesse des Kreditgebers wird berücksiehtigt durch die Erhaltung eines wirksamen Sicherungsrechtes, das auf Anerkennung durch die Gerichte rechnen kann. Spätere Kreditgeber werden davor bewahrt, die Kreditwürdigkeit falsch zu beurteilen. Sie müssen damit rechnen, daß abgetretene Weiterverkaufsforderungen an einen anderen Gläubiger zediert worden sind und daß der Kreditnehmer wegen der Übersicherung nur schuldrechtliche Ansprüche hat. Notfalls, d.h., wenn ihnen das Sicherungsstreben gegenüber dem Verlangen nach Aufnahme oder Fortsetzung der Geschäftsverbindung mit dem Kreditnehmer vorrangig erscheint , müssen sie sich um andere Sicherungen benühen.Die übrigen Kreditgeber können auch - wie vorhin ausgeführt worden ist - den Kreditnehmer veranlassen, von dem Sicherungsnehmer die Rückübertragung eines angemessenen Teiles der ihm gegebenen Sicherung auf den Si-

---

75) NJW 58, 417, oben S. 92.

76) RGZ 136, 247 und 293; 143,48 (59); BGH in LM - Nr.1 - § 138 (C b)- Urt.v. 28.5.51

77) Zur Interessenlage vgl. H. LEHMANN, Denkschr. S. 14

cherungsgeber zu bewirken. Dadurch wird die eigennützige Ausnutzung des Sicherungsrechtes durch einen Mitgläubiger zum Nachteil der anderen auf ein erträgliches Maß herabgesetzt. Die klare dingliche Rechtslage schützt das Gesamtinteresse an einem sicheren Rechtsverkehr. Diese Lösung ermöglicht es, die rein zufällige wahllose Übersicherung auf ein angemessenes Maß einzuschränken, und wahrt auch das Interesse an der Rechtssicherheit [78].

---

78) Damit werden auch die Forderungen v. CAEMMERERs, BDI, Drucks. Nr.22, S. 13, 15 erfüllt.

# LEBENSLAUF

Am 7.3. 1926 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Hartwig Fischer und seiner Ehefrau Lisbeth, geb. Clasen in Neukalen/Meckl. geboren. Von 1936 bis zum Januar 1944 besuchte ich die Oberschule für Jungen zu Malchin/Meckl. Ich verließ sie mit dem Reifevermerk, um anschließend den Arbeits- und Wehrdienst abzuleisten. Auf einem Sonderlehrgang für Kriegsteilnehmer an der Oberschule zum Dom in Lübeck legte ich am 29.10. 1946 die Reifeprüfung ab. Vom 1. Januar 1947 ab machte ich eine kaufmännische Lehre in einer Lübecker Großhandlung durch, die ich mit der Gehilfenprüfung im März 1949 abschloß. Im Herbst 1949 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Georg-August-Universität in Göttingen. Das erste juristische Staatsexamen bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Celle am 29.1.1954. Seit dem 6.8.1956 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.